

عبد الرزاق السنهوري

المؤلف

في شرح القانون المصري (المجلد الأول)

شرح المكي

مع شرح فصوله في شرح القانون
المصري المجلد الثاني

دار النشر المصرية
القاهرة



الوسيط في شرح القانون المكي

(٨)

حَقُّ الْمَلَكِيَّةِ مع شرح مفصل للأشياء والأموال

تأليف

عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الرحمن

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

بيانه

أفردنا هذا الجزء الثامن من الوسيط للكلام في حق الملكية في ذاته ،
دونه أسباب كسبه . أما أسباب كسب الملكية ، وكذلك الحقوق العينية المؤقتة
المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع ومنه تقاض) ، فلانها الجزء التاسع .
وقد جعلنا هذا الجزء الثامن قسمين : بحثا في القسم الأول منهما مؤشبات
المادة ، ثم مؤشبات خبر المادة أي ما يسمى عادة بالملكية المؤقتة والغنية
وبحثا في القسم الثاني من الملكية في ذاته .

القسم الأول

الأشياء المادية

والأشياء غير المادية

تمهيد (٥)

١ - المؤشبات وتقسيمها إلى مادية وغير مادية - انتهى ومطلال -

نفس قانوني : تمهد للكلام في حق الملكية والحقوق العينية المنفردة عنه ببحث

(٥) مراجع عامة في التسمين معاً (مؤشبات وهي المحكية) : بودي وشوئو الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ - أوبري وديوبارتان جزء ٢ الطبعة السادسة سنة ١٩٢٥ وجزء ٣ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ - بيدان وفواران جزء ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ - بلانول وريبير وبيكار جزء ٣ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ - دي باج وديكرز جزء ٥ سنة ١٩٥٢ وجزء ٦ سنة ١٩٥٣ - بلانول وريبير وبولانيه جزء أول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٨ - كولان وكايتان ودى لامورانديير جزء أول الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٤٧ - چوسران جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٨ - هنرى وليون وچان مازو دروس في القانون المذق جزء ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٢ - مارك وريمر ٢ مجلد ٢ سنة ١٩٦٥ - كاربونيه جزء ٢ سنة ١٩٥٩ - أنسيلوچيى والفورز جزء ١ سنة ١٩٥١ لفظ (Biom) وجزء ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ (Propriété) وجزء ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ (Succession) .

محمد كامل ، دى جزء أول في الأموال والحقوق وحق الملكية يوجه عام الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ وجزء ٢ في الحقوق المنفردة من حق الملكية سنة ١٩٤٩ - محمد عل حرة في حق الملكية جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٤ - شفيق شحاتة في النظرية العامة لحق المبنى سنة ١٩٥١ - عبد الفتاح عبد الباقي في دروس في الأموال سنة ١٩٥٦ - عبد المنعم البدرأوى في الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ - حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية) الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ - إسمايل غانم في الحقوق العينية الأصلية جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٦١ - عبد المنعم فرج البدة في حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ - منصور مصطفى منصور في حق الملكية سنة ١٩٦٥ .

وعند الإشارة إلى هذه المراجع يرجع إلى الطبعة المينة أمام كل مرجع منها .

هذا وقد صدرت مؤلفات عدة تبحث في الملكية في القانون المذق العراقي ، فذكر هنا ما لم نرجع إليها من يشاء البحث في هذا القانون : حامد مصطفى في الملكية وأسبابها ببناد سنة ١٩٥٣ والملكية العقارية في العراق (معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٦٤) - حسن عل الزنون في الحقوق العينية الأصلية ببناد سنة ١٩٥٤ - شاكر ناصر حيدر في الحقوق العينية الأصلية ببناد سنة ١٩٥٩ - صلاح الدين التام في الحقوق العينية الأصلية ببناد سنة ١٩٦١ . وانظر أيضاً : عبد المنعم فرج البدة في الملكية في قوانين البلاد العربية (معهد الدراسات العربية . الثانية سنة ١٩٦١ - ١٩٦٤) - حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المذق البلقاني المقارن (محكرات عل الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥) .

في الأشياء ، إذ الشيء هو أكثر التصاقاً وأشد ارتباطاً بالحق العيني منه بالحق الشخصي . فالحق العيني سلطة قانونية مباشرة على الشيء محل الحق ، ومن ثم يتصل صاحب الحق بالشيء اتصالاً مباشراً دون وسيط . أما الحق الشخصي فعلاقة تقوم بين دائن ومدين ، قد يكون محلها شيئاً ولكن الدائن لا يتصل بالشيء اتصالاً مباشراً وإنما يتصل به بوساطة المدين . وهذا يجعل الحق العيني - بخلاف الحق الشخصي - يتركز في الشيء وينصب عليه انصباباً مباشراً ، ويستمدى أن نمهد كما قدمنا للكلام في الحق العيني بالكلام في الشيء .

والشيء ، في نظر القانون ، هو ما يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية . فشرط الشيء إذن أن يكون غير خارج عن التعامل ، أي قابلاً للتعامل فيه . وتنص المادة ٨١ مدني في هذا الصدد على ما يأتي :

١١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصبح أن يكون محلاً للحقوق المالية .

٢١ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجية بحكم القانون فهي التي لا يميز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١١ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٨٣ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٣ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، وصار رقمه ٨١ . ووافق عليه لس الشيوخ كما أقرته بلحته تحت رقم ٨١ ، بعد أن جرت مناقشة طويلة في اقتراح تقوم به أحد أعضاء لس الشيوخ يروى إلى إضافة فقرة للنص تقضي بحمل الكنائس والمعابد بمجرد بنائها والصلاة فيها مملوكة للهيئة الدينية العليا ، وقد رفض مجلس الشيوخ هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التفسيرية ١ ص ٤٥٩ - ص ٤٦٤) .

ولا مقابل للنص في التفتين المدني السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة .

وبقابل للنص في التفتينات الملغية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري : م ٨٣ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي : م ٨١ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي : م ٦١ (موافق) .

قانون الملكية المقارنة اللبناني : لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

ويمكن اعتبار قابلية الشيء للتعامل فيه شرطا في الشيء كما اعتبرناها هنا ، وهذا ما يسلو أن التمتين. الملتى الحديده قد ذهب إليه إذ تقول للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صلد الماده ٨١ ملتى سالفه الذكر : « وضع للمشروع بهله الماده أساس التفرقة بين الأشياء والأموال ، فبين أن الشيء غير المال ، وأنه (أى الشيء) لا يعلم أن يكون محلا للاحقوى المالية ، بشرط ألا يكون خارجا عن التعامل بطبيعته أو بمحكم القانون » (١) . كما يمكن اعتبار قابلية الشيء للتعامل فيه أساسا لتقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للتعامل فيها وأشياء غير قابلة للتعامل فيها ، فتكون الأشياء غير القابلة للتعامل فيها أشياء فى نظر القانون كسائر الأشياء ولكن لا يجوز أن يترتب عليها حقوق مالية .

وسواء أخذنا بالاعتبار الأول أو بالاعتبار الثانى ، فالمهم فى كل من الاعتبارين أن نحدد الأشياء غير القابلة للتعامل فيها ، وهذه قسبان : (القسم الأول) أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها ، وهى كما تقول للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « التى يمكن أن ينضع بها كل الناس بغير أن يحول انضاع بعضهم دون انضاع البعض الآخر ، كالماء والماء الحارى وأشعة الشمس إلخ . ولذلك عرفها المشروع بأنها الأشياء التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها » (٢) . (والقسم الثانى) أشياء تخرج عن التعامل بمحكم القانون ، وتقول للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأنها : « والأشياء التى تخرج عن التعامل بمحكم القانون هى التى ينص القانون على عدم جواز التعامل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٠ - وانظر فى هذا المعنى شقيق شحاته فقرة ٢١

ص ٤٠ - ص ٤٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٠ - وفى الاعتبار الثانى الذى يتفرع بصفة « الشيء » للأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها ، لا يتدخل القانون - والقانون هنا هو القانون الإدارى لا القانون المدنى - إلا لتنظيم استعمال الناس لهذه الأشياء بحيث لا يضر بعضهم بعضا ، ولا يترتب للقانون حقوقا للأفراد على هذه الأشياء لأنها غير قابلة لترتب حقوق عليها إذ هى خارجة عن التعامل (ديلابيرلا وديوير وبيكار ٣ فقرة ٦٢) .

وإذا انتفى حق المؤلف فى استغلال مصنفه بغير حسين سنة على وفاته ، وقبح حق استغلال المؤلف فى أبهى الناس كافة ، وكان لكل فرد الحق فى نشر المؤلف واستغلاله . ولكن حق الاستغلال على هذا الوجه لا يدخل ضمن الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها ، إذ أن الشيء هنا لا تنصص طبيعته على الاستغلال ، بل هو أقرب إلى أن يكون شيئا . مباحا يترتب عليه حق لى فرد يتولى استغلاله .

فيها يوجه عام ، كالحشيش والأفيون والأشياء التي تدخل ضمن الأموال العامة . ولا يغير من هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل في هذه الأشياء ، كبيع الحشيش والأفيون لأغراض طبية ، وإعطائه رخص لاستعمال بعض الأموال العامة التي (١) .

والحقوق المالية التي يكون الشيء محلا لها كثيرة التنوع . فمنها الحقوق العينية الأصلية ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق . ومنها الحقوق العينية التبعية ، كحق الرهن وحق الامتياز . ومنها الحقوق الشخصية ، كحق المشتري في تسليم المبيع وفي انتقال ملكيته إليه وحق المستأجر في تسليم العين المؤجرة وفي تمكنه من الانتفاع بها وحق المؤجر في استردادها وحق المقرض في استرداد مبلغ القرض ، ومنها الحقوق التي تقع على شيء غير مادي ، كحقوق المؤلف فيما يسمى بالملكية الأدبية والفنية والحقوق التي تسمى بالملكية الصناعية والملكية التجارية .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ١ ص ٤٦٠ - وقد كتبنا في الجزء الأول من الوسيط ، في سدد الشيء غير القابل للتبادل فيه ، ما يأتي : « يكون الشيء غير قابل للتبادل فيه .. إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي تخصص له يأتي ذلك ، أو إذا كان التبادل فيه غير مشروع . فالشيء لا يكون قابلا للتبادل فيه بطبيعته إذا كان لا يصالح أن يكون محلا للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر ، ويرجع عدم قابلية التبادل إلى استحالته (أما إذا كان الشيء يمكن التبادل فيه ولكن لا ماله له فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسكك في البحر ، وملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتبادل فيه) . وقد يصحح التبادل يمكننا في هذه الأشياء من بعض النواحي ، فالثمة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافي ، والهواء يستعمله الكيميائي في أغراضه ، والبحر يؤخذ من ماله ما يصالح أن يكون محلا لتلاصقك . فمنه ذلك تصحح الشمس والهواء والبحر قابلة للتبادل فيها من هذه النواحي الخاصة ... وقد يكون الشيء غير قابل للتبادل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون ، أو إلى مخالفة هذا التبادل النظام العام أو للآداب . مل أن نص القانون الذي يمنع من التبادل في الشيء يكون مبنيا على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب أو إليهما معا ، ووجود النص دليل على مناهة المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصا . أو هو إيضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه مذهبا قديميا ، كالنص الذي يحرم التبادل في الفركة المستقلة . أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحريمه ، كما حدد الرها الفاحش . أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلاد الخاصة بتحريمه ، كما حظر المشرع المصري الاتجار في الحشيش والخدرات وكما حرم بيع الوفاء » (الوسيط ١ فقرة ٢٢٧) .

وفي فقهه الإسلامي تسمى الأشياء التي يحرم التبادل فيها ، كالخمر ولحم الخنزير ، بالمال غير المنقسم .

وظاهر مما تقدم أن الأشياء تنقسم انقساماً مبدئياً إلى أشياء مادية وأشياء غير مادية . والأصل في الأشياء أن تكون مادية ، أى أن يكون لها حيز مادي محسوس ، كالأرض والمباني والمركبات والمواشى والمصنوعات والمأكولات والمشروبات . ولم يكن القانون يعرف غير الأشياء المادية ، ولكن تقدم الفكر البشرى مع اختراع الطباعة وازدهارها والتجارة والصناعة أخذ ينشئ بالتدريج أشياء غير مادية ، أى أشياء غير ذات حيز محسوس ، هى نتاج العقل البشرى من تأليف أدبي وفني ومن مخترعات ومبتكرات فى الصناعة والتجارة . وإلى الأشياء غير المادية هذه تشير المادة ٨٦ منى عندما تقول : « الحقوق التى ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . ومتناول الأشياء المادية والحقوق التى ترد عليها فى الباب الأول من هذا القسم ، وفى الباب الثانى نبحث الأشياء غير المادية وما يرد عليها من حقوق .

ونميزنا بين الشيء من جهة وبين ما يرد عليه من حقوق من جهة أخرى هو عين التمييز بين الشيء والمال . فالشيء غير المال : المال هو الحق المالى الذى يرد على الشيء ، والشيء هو عمل هذا الحق (١) .

(١) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع المجهز : « وومضى فى هذا الفصل تمييز بين الأشياء والأموال . فالمال فى عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية لما كان ذلك الحق ، سواء أكان عينياً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية إلخ . أما الشيء ، سواء أكان مادياً أم غير مادي فهو عمل ذلك الحق . وقد أريد بذلك تحاشي « وقع فيه التفتين الحال (السابق) وسقط التفتينات الأجنبية من غلط بين الشيء والمال ، مما جعل تلك التفتينات تم فى المال فى بعض تصورها بأنه شيء ... وفى بعض التصورين الأخرى أنه حق . فأضى ذلك إلى إطلاق التفتينات الخاصة بالأشياء على الأموال أيضاً ، فى حين أن بعض هذه التفتينات لا يصدق إلا على الأشياء كتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة وإلى قابلة وغير قابلة للاستهلاك » (مجموعة الأعمال التشريعية ١ ص ٤٥٧) .

الباب الأول

الأشياء المادية والحقوق التي ترد عليها

٢ — **تقسيمات الأشياء المادية وما يرد على هذه الأشياء من حقوق**
قلنا أن الأشياء المادية هي ما كان لها حيز مادي محسوس ، وهي كثيرة متنوعة ، بل هي الأصل الذي كان القانون لا يعرف غيره كما سبق القول . ولا يمكن حصرها إلا عن طريق تقسيماتها ، وهذا ما نخصص له الفصل الأول من هذا الباب . وفي الفصل الثاني نتناول الحقوق التي ترد على الأشياء المادية ، وهذه الحقوق هي الأموال ، فتقابل بذلك بين الشيء والمال .
ويلاحظ أن الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية لها هي أيضاً جانب مالي . فيدخل هذا الجانب ضمن الأموال . ولكننا نفرّد هذه الحقوق ببحث مستقل كما قلنا ؛ لما لها من خصائص تميزها عن الحقوق المالية التي ترد على الأشياء المادية .

الفصل الأول

تقسيمات الأشياء المادية

٣ — **تقسيمات مختلفة: للأشياء المادية تقسيمات مختلفة** . فالشيء إما أن يكون قابلاً للاستهلاك أو غير قابل له ، وإما أن يكون مثلياً أو قيمياً ، وإما أن يكون عاماً أو خاصاً . ولكن هناك تقسماً للأشياء المادية يعتبر أهم تقسيماتها جميعاً ، وهو تقسيم الشيء إلى عقار منقول^(١) . فنفرّد لهذا التقسيم الفرع الأول

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في صدد تقسيمات الأشياء المادية وغير المادية ، ما يأتى : « وقد بدأ المشروع بتعريف الشيء الذى يصلح عملاً للحقوق المالية فيه »

لأهميته ، وفي الفرع الثاني تناول التقسيمات الأخرى التي سبقت الإشارة إليها

الفرع الأول

تقسيم الأشياء المادية إلى عقار ومنقول

٤ - نص قانوني : تنص المادة ٨٢ مدني على ما يأتي :

- ١ - كل شيء مستقر بجذره ، ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول .
- ٢ - ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخفيض المنقول الذي يضمه صاحبه في عقار يملكه ، رسدا على خبطة هذا العقار أو استغلاله^(١).

المادة ١١١ (م ٨١ مدني) . ونص الأشياء إلى عقار منقول في المادة ١١٢ (م ١٨٢ مدني) ، ثم بين كيف تصنف صفة العقار المنقول إلى المال ذاته ، أي الحق المرتب على الشيء ، في المادتين ١١٣ و ١١٤ (م ٨٢/٢ و ٨٢ مدني) . ثم نظر إلى تقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له ، وإلى مثلية وقسمة ، مكتفيا بتعريف الشيء القابل للاستهلاك في المادة ١١٥ (م ٨٤ مدني) والشيء المثل في المادة ١١٦ (م ٨٥ مدني) . ثم انتقل إلى بيان أنواع الأموال ، فعرف الأموال المعنوية في المادة ١١٧ (م ٨٦ مدني) والأموال العامة في المادتين ١١٩ و ١٢٠ (م ٨٧ - ٨٨ مدني) - وقد أحل المشرع في هذا الفصل بعض مواد التفتين الحالي (السابق) كالمادة ٢٠/٦ - ٢١ التي أشارت إلى تقسيم الأموال إلى ملك وغراجية لالعدم القائمة منها ، والمادة ١٩/٥ التي عينت الحقوق العينية المختلفة اكتفاء بتخصيص القسم الثاني من المشروع لتفصيل أحكام هذه الحقوق ، الأصلية منها في الكتاب الأول .. والتبعية في الكتاب الثاني .. ، والمادة ٢٣/٨ - ٢٤ التي تعرفت المال الباطح وتنظم الاستيلاء عليه تناول هذا الموضوع في مكانه الطبيعي بين أسباب كسب الملكية ... وقد راعى المشرع فيما استبقاه من مواد التفتين الحالي (السابق) إصلاح عباراتها لتلائم ما رجه إليها من فقد ، مع توسي الدقة في التعريف والتقصي في التعبير (موعة الأحكام التفسيرية ١ ص ٤٥٧ - ص ٤٥٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٢ وفي الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من المشروع النهائي على الوجه الآتي : م ١١٢ - ١ - يكون عقارا كل شيء له مستقر ثابت ، بحيث لا يمكن نقله دون تلف . ٢ - وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول . م ١١٤/٢ : ومع ذلك يعتبر مالا عقاريا حق الملكية الواقع على المنقول الذي يضمه المالك في عقار يملكه ، رسدا على خبطة هذا العقار واستغلاله . وفي لجنة المراجعة أدمجت فقرتا المادة ١١٢ في فقرة واحدة ونقلت الفقرة الثانية من المادة ١١٤ لتكون فقرة ثانية في المادة ١١٢ ، وعُدل النص فصار مطابقا لما استقر عليه في التفتين لللف الجديدي ، فبما عدا كلمة « بالتخصيص » الواردة في الفقرة الثانية فقد أضافتها لجنة مجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ٨٤ في المشروع النهائي - ووافق -

وبقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق المواد ٢ - ١٦/٤ - ١٨^(١).

= مجلس النواب على النص ، تحت رقم ٨٤ . في لجنة مجلس الشيوخ تقدم اقتراح من بعض مشائري محكمة النقض يرسى إلى إضافة العبارة الآتية إلى آخر الفقرة الثانية : « على أنه لا يسوغ الحجز عليه منفرداً عن العقار المخصص له » ، تمسحاً مع المادة ٤ من التقنين المدنى السابق . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح . لأن التماس بفكرة العقار بالتخصيص لا يستقيم مع قصر نطاق آثار هذه الفكرة على طائفة من النتائج دون طائفة أخرى ، ونتائج التخصيص قد تظهر في البيع والقسم والوصية ، ولذلك أشرت اللجنة أن تبقى النص على حاله حتى يكون نطاق هذه النتائج أشمل من نطاقها الحال . ومن ثم وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص دون الإضافة المقترحة ، وأصبح رقمه ٨٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته بلجته (مجموعة الأعمال التفسيرية ١ ص ٤٦٥ - ص ٤٦٩) .

(١) التقنين المدنى السابق م ١٦/٢ : الأموال الثابتة هي الحائزة لصفة الاستقرار ، سواء كان ذلك من أصل خلقها أو يصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يترها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق المالية المتعلقة بتلك الأموال .

١٧/٢ م : ساعد ذلك من الأموال بعد متغولا . والتعبير في القانون بلفظ أئمة وأشياء منقولة وأموال منقولة يشمل يلا فرق جميع المنقولات .

١٨/٤ م : إلا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها ، متى كانت ملكاً لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتا إذا كانت ملكاً لماك تلك المعامل ، تعتبر أموالاً ثابتة ، بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به .

وفي المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى بيان واف لما أدخله التقنين المدنى الجديد من تعديلات على نصوص التقنين المدنى السابق ، إذ تقول : « قسمت المادة .. الأشياء التي يصح أن تكون محلاً لحقوق مالية إلى أشياء ثابتة (أو عقارات) وأشياء منقولة .. ولم تعرض لتقسم الأموال من هذه الناحية ، فحذفت العبارة الأخيرة من المادة ١٦/٢ من التقنين الحال (السابق) التي نصت على الحقوق المالية المتعلقة بالأموال العقارية ، إذ أن هذه الحقوق تعتبر أموالاً لا أشياء ، وقد نص عليها المشروع في المادة التالية . وعرف النص العقار بأنه كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف ، وينطبق ذلك على كل شيء حائز لصفة الاستقرار سواء أكان ذلك من أصل خلقه أم يصنع صانع . ولما كان الحكم واحداً في كلتا الحالتين ، فقد رؤى حذف هذه العبارة ... وقد استثنى المشروع حقوق الملكية الواقعة على المنقولات التي يضمها المالك في عقار يملكه وحدها على خدمة العقار أو استغلاله ، فاعتبرها أموالاً عقارية ، وهي المعروفة في الفقه بأنها العقارات بالتخصيص . وقد توسع المشروع فيها فلم يقصرها ، كما فعل التقنين الحال (السابق) ، على الآلات اللازمة لأي الضرورية لزراعة والمصانع (م ١٨/٤) ، بل نص عليها في صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضمه مالكه في عقار يملكه له ، ويتحصه إما لخدمة العقار كالتماثيل التي توضع على قواعده منبتة ، وإما لاستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستئجار المحال التجارية الخ . ولا يشترط أن يكون المنقول لازماً لأي ضرورة له لخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفي تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال »

وبقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٤ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٨٢ : وفي التقنين المدني العراقي م ٦٢ - ٦٣ ، وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١ - ٣ (١) .

٥ - فصل التفرقة بين العقار والمنقول : ويؤخذ من النص سالف الذكر أن فصل التفرقة بين العقار والمنقول يرجع إلى طبيعة الأشياء . فالعقار

= ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضي ذلك ... لم ير الشروع أن يجعل أثر إلحاق صفة العقار بالتخصيص قاصراً على عدم جواز الحجز على المنقول الذي تلحق به هذه الصفة ، حتى يكون الحكم أكثر مرونة وأوسع نطاقاً (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤ (مطابق) - وانظر أيضاً م ٨٦ .

التقنين المدني الليبي م ٨٢ (مطابق)

التقنين المدني العراقي م ٦٢ : ١ - المشار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف ، فيشمل الأرض والبناء والفراس والجسور والحدود والمنابع وغير ذلك من الأشياء العقارية . ٢ - والمنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف ، فيشمل الثروة والمعرض والحيوانات والمكينات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة .

م ٦٣ : يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يرضه مالكه في عقار ملوك له ، وصدا على خدمة هذا الارتار واستغلاله . (وأحكام التقنين العراقي تطابق أحكام التقنين المصري) .
قانون الملكية المقارنة اللبناني م ١ : المقارنات على ثلاث فئات ، المقارنات بطبيعتها ، والمقارنات بتخصيصها ، والمقارنات غير المادية .

م ٢ : المقارنات بطبيعتها هي الأشياء المادية التي يكون لها ، بالنظر إلى جوهرها ، موقع ثابت غير متقل ، كالأراضي والمنابع والنباتات المتأصلة في الأرض (مادامت لا حقة بها) والأبنية - ولا يقصد بلفظ « أبنية » المباني فقط (كبيوت السكن) والمخازن والمصانع والتناير والأهرار ، إلخ .. بل المنشآت الفنية أيضاً على أنواعها كالجسور والآبار والأفران والحدود ، والخزانات ، والأبنية الخ ... وبصورة أعم كل ما جع من مواد البناء ، فقد يرضه إلى بعض بصورة ثابتة ، سواء كان ذلك على ظاهر الأرض أو في باطنها - وبجهد الأجهزة والقطع الخ .. للامسكة بالبناء والمدة لإتمامه ، كالثرفات والبيكونات والمزاريب وحراب الصوايق وقساطل بحر المياه ، تعتبر مقارنات بطبيعتها .

م ٣ : المقارنات بتخصيصها هي أشياء تعتبر بذاتها منقولات ، إنما هي من محتات عقار بطبيعتها ، بشرط : (١) أن تكون والمقار بطبيعتها مالك واحد . (٢) أن تكون مخصصة لاستئجار المقار أو يوجهه أم لخدمة المقار التي تكون هذه الأشياء من محتات .

(انظر أيضاً المواد ٥ - ٩ في الدتارات الملك والمقارنات الأميرية والمقارنات المتروكة المرفقة والمقارنات المتروكة المحمية والمقارنات الخالية المباحة) .

(وأحكام القانون اللبناني تطبق في مجموعها مع أحكام القانون المصري) .

هو الشيء الثابت المستقر بحيزه ، بحيث لا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر إلا إذا هدم أو اقتلع : ومن ثم لا يمكن نقله دون تلف . والأرض هي خير مثل للعقار لأنها ثابتة مستقرة بحيزها ، وإذا جاز نقل أجزاء منها فإنما يكون ذلك بتفتيت سطحها وانزعاج بعض الأثرية أو الصخور . وكذلك البناء عقار لأنه ثابت مستقر بحيزه ، ولا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر إلا بهدمه أو بهدم أجزاء منه . والأشجار والغراس عقار ، ولا يمكن نقلها إلا باقتلاعها من الأرض التي هي مفروسة فيها^(١) .

ولم يعرف التقنين المدني المنقول تعريفاً مباشراً كما فعل في تعريف العقار ، بل اقتصر على أن يقول : « كل ما عدا ذلك (أى ما عدا العقار) من شيء فهو منقول »^(٢) . فالمنقول إذن ، بمفهوم المخالفة ، هو كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف ، لأنه شيء غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه . وتعريف المادة ٦٢ مدني عراقي^(٣) المنقول بأنه « كل شيء يمكن نقله ونحويله دون تلف ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة » . فقبيل التفرقة إذن بين العقار والمنقول يرجع كما قلنا إلى طبيعة الشيء ذاته ، فإن كان بطبيعته لا يقبل النقل دون تلف فهو عقار ، وإن كان بطبيعته يقبل النقل دون تلف فهو منقول .

على أن هذا القيصـل الواضح المستمد من طبيعته الأشياء سرهـا غير واضح

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية الم شروع التهيئ في هذا الصدد : « ولا يعتبر الشيء ذا استقرار ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله دون تلف . فالأشياء التي يمكن حملها وإقامتها في مكان آخر لا تعتبر أشياء ثابتة ، أما المباني التي لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر ثابتة حتى لو كانت معدة لتبقى مدة قصيرة .. » (مجموعة الأعمال التفسيرية ١ ص ٤٦٦) .

(٢) وقد جاء في المذكورة الإيضاحية الم شروع التهيئ في هذا الصدد : « وقد اكتنف الم شروع ، كالتقنين الحال (السابق) ، بتعريف الشيء الثابت ، واعتبار كل ما عداه منقولا . وقد كان في رسمه أن يعرف كلا من العقار والمنقول تعريفاً مباشراً ... ولكنه عشى أن يقصر كلا التعريفين عن شمول جميع الأشياء ... وكان في الوضع أن يعرف الم شروع المنقول تعريفاً مباشراً وأن يترك تعريف العقار يستنبط من طريق غير مباشر ... ولكنه أثر خطة التقنين الحال (السابق) فظراً لما للعقارات من اعتبار خاص لا تزال آثاره باقية في مجلة التشريع المصري » (مجموعة الأعمال التفسيرية ١ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٧) .

(٣) انظر ألفاقرة ٤ في الحاش .

عندما يمتد التقسيم من الأشياء إلى الأموال فيها مسجىء . فالأموال هي الحقوق كما قلنا ، والحق بطبيعته شيء معنوي لا شيء مادي ، وليس يتصور أن يكون الحق وهو الشيء المعنوي قابلاً للتحرك دون تلف أو غير قابل لذلك ، ومع هذا سيأتي أن الأموال — أي الحقوق — تنقسم هي أيضاً بدورها إلى عقار ومنقول . وهنا تلجأ إلى فصل آخر للفرقة لا نستمد من طبيعة الأشياء بطريق مباشر ، بل نستمد من طبيعة الشيء الذي يكون محلاً للحق . وإذا كان فصل الفرقة لا يزال حتى هنا مستمداً من طبيعة الأشياء ولو بطريق غير مباشر ، فإنه يتفصل تماماً عن طبيعة الأشياء ، بل يناقضها ، في حالتين استثنائيتين : في حالة منهما يعتبر المنقول بطبيعته عقاراً بالخصيص^(١) ، وفي الأخرى على العكس من ذلك يعتبر العقار بطبيعته منقولاً بحسب المال . وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً فيما يلي .

ولم يكن فصل الفرقة المستمد من طبيعة الأشياء بين العقار والمنقول مراعى بدقة في القديم . فقد كان القانون الفرنسي القديم لا يعتبر عقاراً إلا المقارات ذات القيمة التي تتميز بأنها تغل دخلاً كبيراً ولها من الاستقرار والدوام ما يجعلها ذات شأن ، ويتحقق ذلك بوجه خاص في الأرض وفي المباني القائمة في المدن الكبيرة . أما المقارات الأخرى الأقل أهمية ، كبعض المباني الريفية والأشجار التي لا تحمل ثمرأ ، فكانت تعتبر منقولا ويسرى عليها حكم المنقولات ، وبخاصة في الميراث . فلم يكن إذن كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه يعتبر عقاراً ، بل كانت هناك أشياء ثابتة لا يمكن نقلها دون تلف ومع ذلك كانت تعتبر منقولات لتفاهة قيمتها ، إذ كان المنقول في تلك الأزمان عنواناً لتفاهة القيمة^(٢) . كذلك ، مع الزمن ، وجدت منقولات بطبيعتها ذات قيمة كبيرة ،

(١) ويبدو أن المشروع انتهى إلى التفتين المدف لم يكن يعتبر العقار بالتخصيص من تقسيمات الأشياء ، بل من تقسيمات الأموال . فإن الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من هذا المشروع كانت تجري على الوجه الآتي : « ومع ذلك يعتبر مالا عقاريا حق الملكية الواقع على المنقول الذي يضعه المالك في عقار يملكه ، وصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » (انظر أيضاً فقرة ٤ في المامش) . فبدل هذا النص في لجنة المراجعة على الوجه الذي استقر عليه في التفتين المدف ، وببدي أن كان العقار بالتخصيص مقصوداً على الأموال امتد فأصبح يشمل الأشياء .

(٢) پلانيوك وريبير وبيكار فقرة ٦٤ ص ٦٨ - ص ٦٩ - پلانيوك وريبير وبولاتيه

كـبـجـبـبـبـبـبـبـبـبـبـبـb (offices) والإيرادات المرتبة (rentes constituées) ،
فاحتبرت حقاراً تحوطها ضمانات العقار لعلو قيمتها .

٦ - ما يترتب من النتائج على تقسيم الأشياء إلى عقار منقول :
وقبل أن ننقل إلى الكلام تفصيلي كل من العقار والمنقول ، نذكر أن هناك
نتائج تترتب على تحديد ما إذا كان الشيء - أو المال أى الحق المترتب على
الشيء - يعتبر عقاراً أو منقولاً . وهذه النتائج كثيرة نكتفى بذكر أهمها ،
ونرجعها إلى أمرين أساسيين :

(الأمر الأول) يرجع إلى طبيعة الأشياء . ذلك أن العقار له مقر ثابت
كما قلنا ، والمنقول ليس له مقر ثابت بل ينتقل من مكان إلى آخر . وبذلك
على هذا الفرق الطبيعي نتائج متعددة ، نذكر منها ما يأتي :

١ - يمكن تنظيم إجراءات التسجيل والتقييد بالنسبة إلى العقار لأن له مقراً
ثابتاً ، ولا يمكن ذلك بالنسبة إلى المنقول فليس له مقر ثابت . ومن ثم تسرى
قواعد التسجيل والتقييد على العقار ، أما المنقول فتسرى عليه قواعد الحيابة
لأنه لا يحتويه مكان ثابت ولا ينضبط التعامل في شأنه إلا بالحيازة . على أن
هناك منقولات بلغت من الضخامة والأهمية ما يمكن معه تحديد مكان ثابت
لها حتى إذا انتقلت ، كالسفن والمراكب النهرية والطائرات والسيارات
والتاجر ، فهذه تخضع لنوع من الشهر يضاف إلى التسجيل والتقييد في العقارات ،
إذ أن لها من ميزة التعيين الذاتي ما للعقار .

٢ - دعاوى الحيابة تحمي العقار دون المنقول ، وذلك بفضل ما للعقار
من مقر ثابت .

٣ - هناك حقوق لا يمكن أن تقع إلا على حقار بفضل مقره الثابت ،
من ذلك حق الرهن الرسمي . وحق الاختصاص وحقوق الارتفاق وحق السكنى
وحق الحكم .

٤ - الشفعة بسبب الحوار تنترض أن كلا من المشفوع فيه والمشفوع
به ملاصق للآخر ، وهذا لا يكون إلا في العقار بفضل مقره الثابت .

٥ - الوقف - ولا يؤلفه الآن منه إلا الوقف البحري - مؤبد فيقتضى

أن يكون الشيء الموقوف استقرار وثبات . ومن ثم يجوز وقف العقار إطلاقاً ، ولا يجوز وقف المنقول إلا إذا تعورف وقفه كالكتب .

٦ - في القانون التجارى ، لا تعتبر بوجه عام أعمالاً تجارية إلا الأعمال المتعلقة بالمنقولات ، أما الأعمال المتعلقة بالعقارات فإنها لا تعتبر أعمالاً تجارية . ويقال عادة في تبرير ذلك إن الأعمال التجارية تقتضى سرعة تداول المال وتبسيط الإجراءات ، وهذا ما تستجيب له طبيعته المنقول إذ الحركة من خصائصه ، وما تستعصى عليه طبيعة العقار الثابت المستقر . ولكن هذا التبرير أخذ في الوقت الحاضر يفقد كثيراً من وزنه ، وهناك ميل واضح في الفقه التجارى إلى إدخال أعمال تتعاق بالعقار ضمن الأعمال التجارية .

٧ - في قانون المرافعات ، تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى هي المحكمة التى يوجد في دائرتها العقار ، لأن للعقار مقراً ثابتاً يتيسر معه تحديد المحكمة المختصة على هذا الوجه . أما المنقول فليس له مقر ثابت ، فيعتبر أن تكون المحكمة المختصة في شأنه المحكمة التى يوجد في دائرتها المنقول ، ولم يبق إلا أن تكون المحكمة التى يوجد في دائرتها موطن المدعى عليه .

٨ - في القانون الدولى الخاص . القانون الواجب التطبيق بالنسبة إلى العقار واحد لا يتغير ، إذ هو قانون موقعه (*lex rei sitae*) وموقع العقار ثابت في مكان واحد . أما بالنسبة إلى المنقول فإن القانون الواجب التطبيق يتغير بتغير الجهة التى يوجد فيها المنقول ، وقد نصت المادة ١٨ مدنى على أنه « .. يسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدانها » .

(والأمر الثانى) يرجع إلى فكرة قديمة عن المنقول لم تعد صحيحة في الوقت الحاضر ، ولكنها خلقت آثاراً لا تزال قائمة إلى اليوم . فقد كان المنقول في القديم يعتبر شيئاً تافه القيمة بالنسبة إلى العقار ، فالعقار وحده هو الشيء النفيس . أما المنقول فهو الشيء الجسيس (*Res mobilis, res vilis*) . *Vilis mobiliu possessio* . وقد كان ذلك صحيحاً في وقت كانت فيه الأرض هي دعامة الثروة ، ولم تكن الصناعة أو التجارة قد بلغت

تقلما محسوسا . أما اليوم ، مع وصول الصناعة والتجارة إلى النروة من التقدم في كثير من البلاد المتقدمة اقتصاديا ، ومع نهضتها المشهودة حتى في البلاد التي بدأت تعالج ما يحيط بها من تخلف اقتصادي ، لم يعد الأمر صحيحا . فهناك منقولات كبيرة القيمة ، بل وتزيد في قيمتها على العقارات ، من ذلك الأسهم والسندات والأوراق التجارية والأوراق المالية بوجه عام والتاجر . ولم تتطور القوانين بالسرعة التي تطورت بها الحياة الاقتصادية ، وقد تخلف عما كان يحيط العقار في الماضي من جلال والمنقول من مهانة آثار نذكر منها ما يأتي :

١ - الولاية على مال الصغير تضيق في العقار عما هي في المنقول . فلا يجوز للولي مثلا أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوج أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه (م ٦ قانون الولاية على المال) ، أما المنقولات فيجوز له أن يتصرف فيها بما يدخل في أعمال الإدارة (م ٣٩ ثانيا قانون الولاية على المال) . ولا يجوز للأب أن يتصرف في عقار ابنه القاصر إذا زادت قيمته على ثلثائة جنييه إلا بإذن المحكمة ، وهنا أضاف القانون إلى العقار تمثيلا مع التطور الاقتصادي الحديث المتجر والأوراق المالية فنصت المادة ٧ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثائة جنييه إلا بإذن المحكمة » .

٢ - دعوى نكالة الزوج بسبب الغبن الفاحش لا تكون إلا في بيع عقار من لم تتوافر فيه الأهلية ، أما إذا كان المبيع منقولا فلا يعتد بالغبن حتى لو كان فاحشا (م ٤٢٥ مدني) .

٣ - إذا كان الخائر حسن النية ولديه سبب صحيح ، فإنه يمتلك المنقول بمجرد الحياة ، ولا يمتلك العقار إلا بجائزة تلوم خمس سنوات .

٤ - لا تجوز الشفعة إلا في العقار ، سواء كانت بسبب الحوار أو بسبب الشروع . أما في المنقول فلا تجوز الشفعة ، ويحل محلها استرداد الحصة المبيعة في الشروع .

٥ - في تصفية الشركة إذا وجب بيع أموالها لسداد ديونها ، يباع المنقول أولا ، فإذا لم يكف بيع العقار (م ٨٩٣ مدني) . كذلك في بيع مال المفلس

يبيع السندليك المنقول دون حاجة إلى إذن ، ولا يبيع العقار إلا بعد إذن القاضى .
٦ - فى قانون المرافعات ، الحجز على العقار نحو طه ضمانات أكثر من
الضمانات التى تحوط الحجز على المنقول ، والحجز العقارى أكثر تعقيداً وأطول
إجراءات من حجز المنقول .

٧ - فى القانون الدولى الخاص ، من حيث حقوق الأجانب ، كثيراً
ما يمنع القانون الأجانب من تملك العقارات دون المنقولات ، وبخاصة كثيراً
ما يمنع القانون الأجانب من تملك الأراضى الزراعية كما هو الأمر فى مصر .
ونتكلم الآن بالتفصيل فى العقار ، ثم فى المنقول .

المبحث الأول

العقار

٧ - **العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص** : يعرف التقنين المدنى المصرى
نوعين من العقار : العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص .
والأصل هو العقار بطبيعته . أما العقار بالتخصيص فهو فى حقيقته منقول
بطبيعته ، ولكنه الحق بعقار معين رسداً كما قلنا على خلدته هذا العقار أو
استغلاله ، فهو عقار لا بمادته وطبيعته ولكن بالتبعية والتخصيص .

المطلب الأول

العقار بطبيعته

(Immeuble par nature)

٨ - **أنواع العقار بطبيعته** : قلنا أن العقار بطبيعته هو الأصل فى
العقار ، فهو إذن « كل شئ مستقر بحوزه ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه دون
تلف » . وأول ما يصدق ذلك على الأرض ، وإذا كان العقار بطبيعته هو
الأصل فى العقار فالأصل فى العقار بطبيعته هو الأرض ، فهو الذى لا يمكن
نقلها من مكان إلى مكان مع الاحتفاظ بذاتيتها . يمكن نقل أجزاء من
الأرض ، بأن تقتلع بعض محورها أو تحفر بعض أثريتها ، ولكن هذه
الصخور والأثرية التى انتقلت من مكان إلى آخر ليست هى الأرض ذاتها ،

بل هي كانت أجزاء من الأرض وقد فقدت ذاتيتها وتحولت إلى منقول منذ انتزعت من الأرض ونقلت إلى مكان آخر ، وتبقى الأرض بعد كل ذلك وبعد أن تنتزع منها بعض أجزائها ثابتة في مكانها لا تتحول .

فالأرض إذن هي الأصل في كل عقار بطبيعته . ثم قد تنبت الأرض ثمرًا أو تفرس فيها أشجار ، فهذا النبات الذي اندمج في الأرض وأصبح جزءاً منها هو أيضاً عقار بطبيعته مادام ثابتاً في الأرض : أما إذا اقتلع منها فإنه يصبح منقولاً . وقد تقام منشآت فوق سطح الأرض أو في باطنها ، فهذه المنشآت تتصل بالأرض اتصال ثباته وقرار وقد اندمجت فيها ، ولا يمكن نقلها من مكانها إلى مكان آخر إلا إذا هدمت ، أي أنه لا يمكن نقلها دون تلف ، فهي أيضاً عقار بطبيعته .

فالعقار بطبيعته أنواع ثلاثة : الأرض والنبات والمنشآت .

٩ — الأرض : أي أرض ، سواء كانت أرضاً زراعية أو أرضاً فضاء ، وسواء كانت في المدن أو في الريف ، وسواء كانت أرضاً حجرية أو جيرية أو رملية ، هي عقار بطبيعته ، إذ أن لها مكاناً ثابتاً لا تتحول عنه على الوجه الذي أسلفناه . وتشمل الأرض (fonds) سطحها (surface) دون ما يقام فوق السطح (superficie) من مباني ومنشآت أو ينبت من زرع أو يغرس من شجر ، وكذلك تشمل باطنها (tréfond) بعناصره المختلفة من صخور وأحجار وأتربة ورمال وجص ومعادن وغير ذلك .

فالمناجم والمهاجر هي إذن جزء من الأرض ، ومن ثم تعتبر عقاراً بطبيعته . فإذا استخرجت المعادن من المناجم ، كالحديد والنحاس والفحم والذهب والنفط ، أو اقتلعت الأحجار من المهاجر ، فإن هذه وتلك تصبح منقولة كما سبق القول . وكان القضاء في مصر يقضي ، قبل صدور القانون الخاص بالمناجم والمهاجر ، بأن المناجم (mines, minières) والمهاجر (carrières) تعتبر عقارات بطبيعتها ، وذهب الفقه تبعاً لذلك إلى أن لصاحب المنجم أن يبيعه أو يرهنه مستقلاً عن سطح الأرض (١) . ثم صدر في أول أغسطس

(١) استفتاء بمجلس ١٤ يولييه سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٣٦٢ - هانوتو ١ ص ١٨ - محمد كامل مرسي ١ بقرة ٣١ ٤٢ .

سنة ١٩٤٨ القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ وهو أول تشريع خاص بالمناجم والمهاجر ، فأكد هذه الأحكام ، إذ نصت المادة ١٤ منه على أن « تعتبر المناجم أموالاً ثابتة ، وكذلك تعتبر من الأموال الثابتة الآلات والآبار والمخازن ووسائل النقل والبحر وغيرها المخصصة لاستغلال المناجم . على أن للعادن المستخرجة من المناجم تعتبر من المنقولات » (١) . ثم صدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ، وهو آخر تشريع خاص بالمناجم والمهاجر ، وقد فصل بين ملكية سطح الأرض ، وبين ملكية ما يوجد في باطنها من المواد المعدنية وخامات المهاجر فجعلها ملكاً للدولة ولو كانت في أرض مملوكة للأفراد . إذ نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أن « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم في الأراضي المصرية والمياه الإقليمية . وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المهاجر عدا مواد البناء - الأحجار الجيرية والرميلة والرمال - التي توجد في المهاجر التي تثبت ملكيتها للغير » . ولكن هذا القانون منح بعض المزايا لملك السطح ، إذا هو أراد استغلال المواد المعدنية أو خامات المهاجر الموجودة في باطن أرضه . فنصت المادة ١٥ من هذا القانون على أن « يعنى مالك السطح الذي يبلغ عن وجود خامات معدنية في أرضه من قيد اسمه في سجل الكاشفين المشار إليه في المادة ٧ . ويكون له حق الأولوية على الغير في البحث والاستغلال متى طلب ذلك ، ويمنح ترخيص البحث أو عقد الاستغلال بغير مزايده . ويعين في حالة البحث أو الاستغلال من الإيجار المنصوص عليه في المادتين ١١ و ٢١ إذا قام بالبحث أو الاستغلال بنفسه ... وفي حالة الترخيص في الاستغلال للغير يكون لمالك السطح الحق في الحصول على نصف الإيجار من مصلحة المناجم والمهاجر . وفيما يتعلق بالمزايا الممنوحة لملك السطح إذا أراد استغلال خامات المهاجر ، نصت المادة ٣٢ من نفس القانون على أنه « يجوز لمصلحة المناجم والمهاجر أن ترخص لملك الأرض الموجود بها مواد البناء أن يستخرج هذه المواد بقصد استعماله الخاص دون استغلالها ، مع إعفائه من الإيجار والإتاوة . ويكون للمالك الأولوية على الغير في الحصول على الترخيص في الاستغلال من الأرض

(١) وتعتبر آلات النقل والبحر ووسائله المخصصة لاستغلال المناجم عقاراً بالتصميم لا عقاراً بطبيعته ، وتعتبر المهاجر عقارات بطبيعتها وإن كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ لم ينص صراحة على ذلك كما فعل بالنسبة إلى المناجم (محمد كامل مرسى ١ بقرة ٣١ ص ٢٤) .

مدفونة في الأرض^(١) . وكذلك تعتبر منقولا النباتات التي توضع مؤقتا في الأرض حتى لا تجف ، انتظارا لبيعها أو لنقلها إلى مكان آخر لغرسها ، فإن هذه النباتات لا تمتد جنورها إلى باطن الأرض ولا تندمج فيها ، والأرض إنما تنقلها لا تغلبها^(٢) .

وكل الثمار والمحصولات والمزروعات التي تنبت مباشرة في الأرض وتمتد جنورها فيها تعتبر عقارا بطبيعته لاندماجها في الأرض ، وكذلك تعتبر عقارا بطبيعته الفاكهة والأثمار التي تنبت الأشجار والنخيل المغروسة في الأرض والتي هي بنورها عقار بطبيعته كما سبق القول . فإذا ما جنبت المحصولات وقطعت الثمار والفاكهة ، فإنها تصبح منقولا حتى لو بقيت في الأرض دون أن تنقل^(٣) .

وكل هذا النبات بأنواعه المختلفة ، من أشجار ونخيل وثمار ومحصولات وفاكهة وما إلى ذلك ، إنما يكون عقارا بفضل اندماجه في الأرض ، فالأرض هي التي تغذيها وهي التي تضي عليه صفة العقار (Fructus pendantes pas funde esse venditur) .

فإذا زال اندماجه بالأرض ، بأن قطع أو فصل ، زالت عنه صفة العقار . ويستوى أن يكون الذي غرس النبات هو مالك الأرض أو المستأجر أو الغير ، ويستوى كذلك أن يكون قطع النبات أو فصله قد وقع بفعل فاعل

(١) پلافول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٢ ص ٧٦ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ ص ٤٤ - كذلك لا تعتبر عقارا بالتخصيص حتى لو كان مالك الأرض هو الذي وضعها ، لأنها ليست مخصصة لخدمة الأرض أو استغلالها (بودوى وشوفر فقرة ٨٧ ص ٨٠ هامش ٣ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ ص ٤٤) .

(٢) جبرانتون ٤ فقرة ٤٤ - ديمواوب ٩ فقرة ١٤٧ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٦ - بودوى وشوفر فقرة ٤٧ ص ٤٢ .

(٣) وتنص المادة ٥٢٠ مدني فرنسي في هذا المعنى على أن : المحصولات القائمة على جنورها وثمار الأشجار التي لم تقطف بعد تكون هي أيضا عقارا ، وبمجرد أن تقطف الحبوب وتفصل الثمار فإنها تصبح منقولا حتى لو لم تنقل من الأرض ، وإذا لم ينتزع إلا جزء من المحصولات ، فإن هذا الجزء وحده هو الذي يصبح منقولا . وتنص المادة ٥٢١ مدني فرنسي على أن : الأخشاب التي تقطف عادة من الأشجار المشدبة (المقلدة) أو من الأعراس التي أمدت للقطع لا تصبح منقولا إلا بقطعها واحدة بعد الأخرى .

سواء كان المالك أو غيره ، أو وقع بغير صنع الإنسان كما إذا أوقعته المواشي أو المواير أو وقع من تلقاء نفسه بسبب نضجه^(١). ولا عبرة بقيمة النبات ، فالأحكام سائلة الذكر تنطبق على الأشجار الكبيرة والنخيل كما تنطبق على الأشجار الصغيرة وأقل المحصولات قيمة وأصغرها شأنًا^(٢).

١١ - المباني والمنشآت : والمباني والمنشآت هي أيضاً عقار بطبيعتها

لاندماجها في الأرض : والاندماج (incorporation) هو الذي يضمن عليها صفة العقار ، فالأرض إذن هي مصدر الصفة العقارية للمباني والمنشآت كما هي مصدر هذه الصفة للنبات . وتختلف المباني والمنشآت عن النبات في أن الأولى إنما تندمج في الأرض بفعل الإنسان ، فلا بد من تشييدها بصنع صانع . أما النبات فاندماجه في الأرض يضاف فيه إلى فعل الإنسان فعل الطبيعة ، فإذا وضعت البلور في الأرض أو غرست الأشجار بفعل الإنسان قامت الطبيعة بعد ذلك بدورها في إنبات البلور وفي تنمية الأشجار . ذلك بأن النبات كائن حي ينمو ويتوسع ، بخلاف المباني والمنشآت فهي جماد لا حياة فيها . والمباني والمنشآت قبل تشييدها في الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته . فكانت منقولة^(٣) . فهي كيانات من الطوب والرمل والإسمنت والجير والبليس والخشب والحديد والأحواض والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التي تستعمل في البناء . ولا تصبح عقارا إلا إذا شيدت فاندجمت في الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة ، فلا يمكن تحويلها أو نقلها إلا إذا هدمت^(٤).

(١) جوسران ١ فقرة ١٣٤٨ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ - فقرة ٣٥ .

(٢) جوسران ١ فقرة ١٣٤٨ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ ص ٤٤ .

(٣) استئناف محتلط ٢٩ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ٥١٢ .

(٤) فإذا هدم البناء أو انهدم ، فإن الانقراض تصبح منقولة كما كانت قبل أن يشيد البناء أول مرة ، وذلك حتى لو كان المالك قد أراد من الهدم إعادة البناء وأعاد فعله ، فإن الانقراض يبق منقولة حتى يعاد بناؤها ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٥٣٢ مدني فرنسي إذ تقول : « الانقراض الناتجة من هدم أحد الأبنية ، والمواد المتجمعة لتشيد بناء جديد ، تكون منقولة إلى أن يستعملها العامل في تشييد البناء » . (أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ مكررة ص ٣٢ - بودوي وشولر فقرة ٤٧ وفقرة ١٢٢ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٤٣) . حل أنه إذا انزعج باب ملاء من البناء لإصلاحه وإعادة ترميمه فور إصلاحه ، فإن الباب في مدة اتصاله الموقت عن البناء يبقى متحركاً -

ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والحوانيت والمصانع والمخازن والمحالج والمخارجات والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التي تشيد عادة فوق سطح الأرض . ويشمل ذلك أيضاً الجسور والكبارى والسدود والخزانات والقناطر وغير ذلك من الأعمال الهندسية اللازمة للرى ولغيره من الأغراض . وليس من الضروري أن تكون المنشآت مشيدة فوق سطح الأرض ، بل يصح أن تكون مشيدة في باطنها . فتعتبر منشآت ، ومن ثم تكون عقارا بطبيعتها ، الأنفاق والمجارى والآبار التي تحفر لاستغلال المناجم والمواسير والأنابيب المدفونة في باطن الأرض . فالمنشآت إذن هي مجموعة من مواد البناء شيدت على سبيل القرار فاندجبت في الأرض ، سواء أقيمت فوق سطح الأرض أو أقيمت في باطنها .

واندماج المباني والمنشآت في الأرض هو الشرط الضروري لإضفاء صفة العقار عليها ، وهو في الوقت ذاته شرط كاف . فلا يشترط إذن أن يكون من شيد المنشآت هو مالك الأرض نفسه ، فقد يكون صاحب حق انتفاع أو مستأجراً أو دائناً مرتبناً أو حائزاً بحسن نية أو بسوء نية أو مختصباً أو غير ذلك . وأياً كان من شيد المنشآت ، المالك أو غيره ، فإن المنشآت بمجرد تشييدها واندماجها في الأرض تصبح عقارا بطبيعتها^(١) . كذلك لا يشترط أن تكون المنشآت مشيدة على سبيل الدوام (*à perpétuelle demeure*) ، فقد تكون منشآت مؤقتة ومع ذلك تصبح عقارا متى اندجبت في الأرض

= (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٧ هامش ١٩ - محمد علي عرفة فقرة ٤٨ - حسن كبيرة فقرة ٢٦ ص ٧٦ - عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ٣٩ ص ٥٤) . وهناك رأى يلعب إلى أن الباب ، إذا انزع من مكانه لإصلاحه ، يعتبر منقولا ملحقاً بالبناء . فترى عليه القاعدة التي تقضى بأن الفرق يقع الأمل (إسماعيل غانم في النظرية العامة لفتح ص ٩٢) .

(١) استئناف تطلب ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٣٩ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٥٤ - مصر المختلطة أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ رقم ٢٣١ ص ١٥٤ - نقض فرنسي ٢٦ يوليو سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٧٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٢ - بودرى وشوفو فقرة ٢٧ - بلانديول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣ ص ٧٦ - جوسران ١ فقرة ١٣٤٨ - محمد كامل مرمي ١ فقرة ٣٧ ص ٤٦ - حسن كبيرة فقرة ٢٦ ص ٧٥ . وإذا شيد المنشآت غير المالك ، فإن هذا يثير مسألة أخرى غير مسألة طبيعة المنشآت وأنها عقار ، وهذه المسألة هي من يملك هذه المنشآت ، ومتكون موضع البحث عنه الكلام في الاتصال كسبب للملكية

على سبيل القرار (à demeure) . في المعارض تقام عادة منشآت موقتة من مبان وحوائط وأعمال هندسية أخرى ، وقد لا يدوم المعرض أكثر من بضعة شهور أو بضعة أسابيع ثم تهدم كل هذه المنشآت وقد شيدت على أن تكون موقتة لا تدوم إلا بلبوam المعرض ، ومع ذلك تعتبر مادامت قائمة عقارا بطبيعته ، حتى إذا انتهى المعرض وهدمت فإن الانقراض يصير منقولا^(١) . على أنه يشترط كما قدمنا ، لتكون المنشآت عقارا ، أن تكون مشيدة على سبيل القرار ، فيكون لها أساس ثابت في الأرض حتى تكون مندمجة فيها^(٢) . ومن ثم تكون أكشاك الاستحمام (cabines de mer) وهي مقامة من خشب دون أن يكون لها أساس ثابت في الأرض ويمكن نقلها من مكان إلى مكان آخر دون تلف ، منقولا لا عقارا^(٣) . كذلك يعتبر منقولا المنشآت المتنقلة (constructions volantes) فوق سطح الأرض تبقى مدة قصيرة ثم تنقل إلى مكان آخر ، وتشد عادة إلى الأرض بحبال حتى تقاوم هبوب الريح ، وذلك مثل أكشاك الأسواق والمعارض (barraques de foire) وخيام البدو الزحل وخيام الكشافة وخيمة السرك المتنقل والأكشاك الخشبية التي تقام في الأعياد والموالد إذا لم تثبت في الأرض^(٤) .

(١) بودي وشوفو فقرة ٢٧ ص ٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٧٣ ص ٧٦ - بلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٦٣٨ - كولان وكايتان ودلامورأندير ١ فقرة ٩٢٢ ص ٧٣٧ - وقد يحصل شخص على رخصة مؤقتة بالبناء في ملك عام ، فالبناء الذي يقام يعتبر عقاراً بطبيعته وإن كان مؤقتاً بالرخصة ومصيره حثا المدم (نقض فرنسي ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ١ - ٥٢٥) . كذلك يعتبر عقاراً البناء الذي يقيمه المستأجر في المين الموجهة ، وإن كان مصيره المدم بعد انتهاء مدة الإيجار (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة صر • مدني ٣٦ ص ٩٢ - نقض فرنسي ١٣ فبراير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٢٢٦ - حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٥ - سليمان مرقس : في الملغل للعلوم القانونية فقرة ٢٨٦) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ولا يعتبر الشيء ذا مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله دون تلف ، فالأكشاك التي يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر لا تعتبر أشياء ثابتة ، أما المباني التي لا يمكن نقلها دون تلف فتصير ثابتة نسي لو كانت مدة لتبقى مدة قصيرة » (مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ٤٦٦) .

(٣) المنسورة الجزئية المختلطة ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٤٣ - محمد كامل مرس ١ فقرة ٣٧ ص ٤٥ - ٤٦ - عكس ذلك استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ص ٥٥ .

(٤) نقض فرنسي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ - ٥٣٧ - بودي وشوفو فقرة ٢٦ ص ٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣ . بلانيول وريبير وبولانجه ١ -

ويحق لو عدت عقارا مستقلا عن البناء^(١) ، فيستوى إذن أن يضع عليه الأشياء المالك أو غير المالك^(٢) .

ويتعتبر عقارا بطبيعته الطواحين ، سواء كانت تدار بالهواء أو بالماء ، مادامت مثبته أو قائمة على دعائم مثبته ، فقد اندجبت في الأرض فأضفت الأرض عليها صفة العقار^(٣) . وتعتبر آلات الري عقارا بطبيعته إذا ثبتت في الأرض بحيث لا يمكن فصلها عنها إلا إذا فكت جميع أجزائها ، فإن اندماجها في الأرض على هذا النحو يكسبها صفة العقار بطبيعته^(٤) . أما إذا لم تثبت

(١) والأنايب المدفونة في الأرض إذا كانت تابعة لمبنى ، لأنها تعتبر جزءاً من هذا المبنى ولا تعتبر عقاراً مستقلاً ، أما إذا كانت مملوكة لملك آخر غير مالك المبنى فلأنها تعتبر عقاراً مستقلاً عن المبنى . أما الأنايب الناز المدفونة تحت سطح الطريق العام فلا تعتبر عقاراً مستقلاً ولا عقاراً تابعاً للطريق العام ، ولكنها جزء لا يتجزأ من المصنع الذي ينتج الناز معها بدت عن هذا المصنع (كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٢٢ ص ٧٣٨ - أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ *Bless* فقرة ٦١ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ هامش ٥ مكرر - نقض فرنسي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣٢٩) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٥٤ - ديولومب ٩ فقرة ١٤٩ - لوران ٥ فقرة ٤٠٩ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٦٣ - بلانيه وريبير ويبيكار ٣ فقرة ٧٤ - بلانيرول وريبير وبولاليج ١ فقرة ٢٦٣٩ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٢٢ - نقض لى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٦ - ٥٦ .

(٣) انظر المادة ٥١٩ مدنى فرنسي - وانظر في تفصيل ذلك في القانون الفرنسى بودرى وشوفو فقرة ٤٤ .

(٤) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٤٢ ص ٤٩ - أما القضاء في مصر فمضطرب في هذه المسألة ، فهناك أحكام قضت بأن ملكية الري ، ثبتت في الأرض أو لم تثبت ، تعتبر عقاراً بالتخصيص ، فيجب إذن أن يكون المالك هو الذى أقامها في أرضه (استئناف غنطط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٣٩٩ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٨ - ٢٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٤ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨ - ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٩ - ٢ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١١ : حتى لو كانت تسق أرضاً مجاورة - سولاج استئناف ٢٥ مايو سنة ١٩٤١ للحاماة ٢١ رقم ٤٣٢ ص ١٠٢٩) . وهناك أحكام قضت بأن ملكية الري تعتبر عقاراً بطبيعته إذا ثبتت في الأرض ، وإلا فهي عقار بالتخصيص (استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ للحاماة ٨ رقم ١٣٠ ص ١٧٥ . أسيوط استئناف ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٨ للحاماة ١٩ رقم ٢٢٢ ص ٥٦٥) . وهناك أحكام ذهبت إلى أن ملكية الري تعتبر متقولا ، لا عقاراً بطبيعته ولا عقاراً بالتخصيص ، ولو كانت مثبته بمساير على قاعدة من الخشب القائم على الإسمت ، مادام أنه يمكن نقلها دون تلف وتركيبها على قاعدة أخرى (استئناف ٧ أبريل سنة ١٩١٤ المحبوعة الرسمية . ١١ رقم ١٠٧ ص ٢١٣ - استئناف غنطط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢١ - ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٥ - غنطط ٣ سبتمبر سنة ١٩٣٩ للحاماة ٢١ رقم ٢٨٠ ص ٦٥١) .

في الأرض ، فلها تعتبر عقارا بالتخصيص إذا رصدها مالك الأرض الزراعية
لخدمة الأرض واستغلالها ، وسيأتي بيان ذلك . وكالات الرى الملاحن والمعالج ،
تعتبر عقارا بطبيعته إذا ثبتت في الأرض على سبيل القرار . وإذا كانت آلات
الرى والطواحين والملاحن والمعالج ، بالرغم من تثبيتها في الأرض ، يمكن
فصلها دون تلف ، فإن انماجها في الأرض عندما كانت مثبتة فيها إذا أضيفت
إليه تيعينها للأرض ، أغنى ذلك عن اشتراط ألا يكون فصلها دون تلف ه
فا هو تابع للأرض إذا اندمج فيها وثبت على سبيل القرار يكون عقارا
بطبيعته ، حتى لو أمكن فصله دون تلف (٧)

المطلب الثاني

المعار بالتخصيص (٨)

(lameuble per destination)

١٢ - ماهر العقار بالتخصيص - مقابلة بين نصوص التقنين المدني

الفرنسي ونصوص التقنين المدني المصري : رأينا أن الفقرة الثانية من
المادة ٨٢ مدني تقول : « ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي
يضمه صاحبه في عقار يملكه ، رصدا على خلية هذا العقار أو استغلاله » .
فالعقار بالتخصيص هو إذن منقول بطبيعته ، رصده مالكة الخلية أو استغلال
عقار بطبيعته هو أيضاً مملوك له ، كما إذا خصص صاحب الأرض الزراعية
مواشي أو آلات زراعية يستعين بها على زراعتها أرضه ، وكما إذا وضع

(١) بودرى وشوثر فقرة ٩٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٧ - ص ٢٨ -
وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد بيع حصة في ملكية طين قد نص فيه على أن البيع
وقع على هذه الحصة في الآلة كما اشترت ، كما نص على نصيب المشتري فيها بعد تثبيتها مقابل دفعه
ما يوازي هذا النصيب في نفقات تثبيتها ، فإن البائع متى ثبت الآلة يكون قد فعل ذلك لنفسه
ولشريكه معاً . وإذا كانت هذه الآلة قد صارت بعد تثبيتها عقاراً ، فهذا العقار يكون لها
كلها لا لأحد منهما دون الآخر . وحتى كل منهما لتصيبه في هذا العقار يستوي في ثبوته
أن يكون المقد الذي تضمن انتفاعهما قد سجل أو لم يسجل ، إذ هذا العقد ليس هو للعقار لهذا
الحق العقارى ، بل الذي أنشأه هو التمل الذي صار به المنقول عقاراً (نقض مدني ١١ مارس
سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ جاز ١ ص ٣٠١) .

(٥) انظر Pierre Guiphe رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ .

صاحب الفندق في فندقه الأثاث اللازم لتهيئة الفندق للاستغلال . ففي هذه الأحوال وأمثالها يأتي صاحب العقار بمنقولات يملكها ويضعها في العقار رصداً على دخله أو استغلاله ، فترتبط المنقولات بالعقار ارتباطاً لا انفكاك منه حتى ليصبح العقار والمنقولات جميعاً وحدة اقتصادية لا تتجزأ ، ومن ثم يضمن العقار وهو الأصل على المنقولات وهي التبع صفة العقار ، بحكم هذا التخصيص ، فيعتبر القانون هذه المنقولات بطبيعتها عقاراً بالتخصيص من طريق الافتراض القانوني (*fiction légale*) .

وقد أفاض التقنين المدني الفرنسي ، وهو المصدر الذي أخذ عنه التقنين المدني المصري فكرة العقار بالتخصيص ، في النصوص وفي التطبيقات المتعلقة بهذا النوع من العقار . فوضعت المادة ٥٢٤ مدني فرنسي في فقرتها الأولى المبدأ العام في العقار بالتخصيص ، إذ تقول : « الأشياء التي يضعها مالك العقار في عقاره ، تخلمة هذا العقار واستغلاله ، تكون عقاراً بالتخصيص » . ثم تأتي الفقرتان الثانية والثالثة عقب ذلك بتطبيقات متعددة للعقار بالتخصيص ، فتقولان : « وعلى ذلك تكون عقارات بالتخصيص ، إذا وضعها المالك لخلمة العقار واستغلاله : الحيوانات (المواشي) المخصصة للزراعة — آلات الحرث — البلور المطاة للمستأجرين أو المزارعين — حمام الأبراج — أرناب الأوكار — خلايا النحل — أسماك البرك — المعاصر والمراجل والأنابيب والخوابي والدنان (أو أن لتقطير الحمور) — الآلات الضرورية لاستغلال معامل الحديد ومعامل الورق والمعامل الأخرى — التبن والسجاد . وتكون أيضاً عقارات بالتخصيص المنقولات التي يربطها المالك بالعقار على سبيل الدوام »^(١) . ثم تبين المادة ٥٢٥ مدني فرنسي ما هو المقصود بالمنقولات التي يربطها المالك بالعقار على سبيل الدوام ، الوارد ذكرها في آخر المادة السابقة ، فتقول : « يعتبر المالك أنه يربط منقولات بعقاره على سبيل الدوام (*à perpétuelle demeure*) إذا

(١) ويسبق هذا النص ، في التقنين المدني الفرنسي ، نص خاص بالمواشي التي يسلمها المالك للمستأجر أو المزارع ، فتقول المادة ٥٢٢ مدني فرنسي : « الحيوانات (المواشي) التي يسلمها مالك الأرض للمستأجر أو المزارع لأعمال الزراعة ، سواء قومت أو لم تقوم ، تعتبر عقارات ما بقيت مرتبطة بالأرض بموجب الاتفاق . أما تلك التي يعطيها إيجاراً لتدير المستأجر أو المزارع فتكون منقولات » .

كانت هذه المنقولات قد ألصقت بالعقار بالجس أو بالحجر أو بالإسمنت ، أو كانت لا يمكن فصلها دون أن تتكسر وتلتف ، أو دون أن يتكسر أو يتلف الجزء من العقار الذي ألصقت للمنقولات به . وتعتبر مرابا المسكن قد ربطت به على سبيل الدوام إذا كان الخشب الذي ألصقت به المرابا تتحد مع خشب الحائط ، وكذلك يكون حكم ألواح التصوير وسائر ما تزين به المساكن . أما بالنسبة إلى القنابل ، فإنها تكون عقارا إذا هي وضعت في مخاض حضرت في الحائط خصيصاً لوضعها فيها ، حتى لو أمكن نقلها دون أن تتكسر أو تلتف » .

ولم يخصص التقنين المدني المصري السابق في التطبيقات الكثيرة التي أوردها التقنين المدني الفرنسي ، بل اقتصر على ذكر آلات الزراعة والماشية وآلات المعامل ومهماتها ، كما اقتصر على ذكر أثر واحد للعقار بالتخصيص هو عدم جواز الحجز عليه منفرداً عن العقار الأصلي . فنصت المادة ١٨/٤ من هذا التقنين على ما يأتي : « إلا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها متى كانت ملكاً لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتها إذا كانت ملكاً للمالك تلك المعامل ، تعتبر أموالاً ثابتة ، بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به » .

أما التقنين المدني المصري الجديد فلم يورد أي تطبيق من تطبيقات العقار بالتخصيص اكتفاء بذكر شروطه ، كما أنه لم يحصر آثار العقار بالتخصيص في عدم جواز الحجز عليه منفرداً عن العقار الأصلي كما فعل التقنين المدني السابق ، بل سكت عن ذكر أي أثر حتى يترتب على العقار بالتخصيص جميع آثاره . فنصت المادة ٢/٨٢ من هذا التقنين ، كما رأينا ، على ما يأتي : « ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يرضه صاحبه في عقار يملكه ، رصداً على خطة هذا العقار أو استغلاله » (١) .

فتكلم إذن في شروط العقار بالتخصيص ، ثم في الآثار التي تترتب على التخصيص .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٧ .

٨ - شروط العقار بالتخصيص

١٣ - شرطه : يتبين من نص المادة ٧/٨٢ مدني سالفه الذكر أن هناك شرطين يجب بوافرها حتى يكون المنقول بطبيعته عقاراً بالتخصيص :
(١) اتحاد المالك ، أى أن يكون مالك العقار بالتخصيص هو نفس مالك العقار الأصلي . (٢) التخصيص ، أى أن يكون العقار بالتخصيص قد ارتبط بالعقار الأصلي لخدمته أو استغلاله ؛

١٤ - الشرط الأول - اتحاد المالك : يتضح من صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدني ، ونصها كما رأينا : « ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ... » ، أن مالك العقار بالتخصيص هو نفس مالك العقار الأصلي . والمفروض أن هناك منقولاً بطبيعته الملقى بعقار بطبيعته^(١) . هذه الحقائق الثلاث - المنقول بطبيعته والعقار بطبيعته وواقعة الإلحاق - مفروضة ، فهي ليست بشروط ، بل هى واقع المسألة . فإذا تحقق هذا الواقع ، ففى يعتبر المنقول الملحق بالعقار الأصلي عقاراً بالتخصيص ؟ قلنا إن الشرط الأول هو أن يكون شخص واحد هو المالك لكل من العقار الأصلي والمنقول الملحق^(٢) . وعلى ذلك لا يكون عقاراً بالتخصيص المنقول الذى يضعه المستأجر^(٣) أو الدائن المرتهن رهن حيازة أو صاحب حق الانتفاع رصداً لخدمة العقار المؤجر أو الموهون أو المملوكة رقبته لشخص آخر ، لأن المنقول الملحق يملكه شخص غير الشخص الذى

(١) فأجازه البناء المتممة له والملحقة به هى عقار بطبيعته كما سبق القول ، فلا يجوز اعتبارها عقاراً بالتخصيص لأن العقار بالتخصيص يجب أن يكون منقولاً لا عقاراً . والمنقول المخصص لخدمة منقول آخر ، كالسيارة المخصصة لخدمة محل تجارى ، أو المخصص لخدمة عقار بالتخصيص كلف الماشية ، لا يجوز اعتباره عقاراً بالتخصيص لأنه لم يخصص لخدمة عقار بطبيعته ، والمفروض كما قدنا أن العقار الأصلي يجب أن يكون عقاراً بطبيعته ، لا منقولاً ولا عقاراً بالتخصيص . انظر فى هذا المعنى حاشية كبيرة فقرة ٢٨ ص ٨١ - سليمان مرقس فى المدخل لعلوم القانونية فقرة ٢٨٧ ص ٤٤٤ .

(٢) استئناف تخط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥٧ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨١ .

(٣) استئناف مخط ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ - حتى لو ثبت المنقول (بأمكنة الرمي مثلا) فى الأرض (استئناف مخط ٤ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٥) .

مملك العقار الأصلي^(١) ، كذلك لا يكون عقارا بالتخصيص المنقول الذي يفضيه مالك العقار في عقاره إذا كان هذا المنقول غير مملوك له ، كأن كان موهوناً عنده أو معاراً له أو مسلماً إياه على سبيل الإيجار^(٢).

ويعمل بعض الفقهاء شرط اتحاد المالك بالاعتبار الآتي : إن إضفاء صفة العقار بالتخصيص على المنقول الملحق بالعقار الأصلي إنما هو لمصلحة العقار الأصلي ، والمالك وحده هو الذي يمثل هذه المصلحة^(٣) ، وفي هذا التعليل غموض دعا هؤلاء الفقهاء توضيحه على النحو الآتي : لو أن مالك المنقول وضعه في خدمة عقار لا يملكه ، لوجب القول بأن صاحب المنقول لا يقصد إلحاقه

بالعقار ، فإنه لا بد منزع من قوله بعد انتهاء مدة انتفاعه بالعقار ، ولا يجوز افتراض تبرعه بالمنقول لأن التبرع لا يفترض . فلا بد إذن أن يكون مالك المنقول الملحق هو نفس مالك العقار الأصلي ، حتى يستلزم أن يفترض أنه قصد عدم انتزاع المنقول وإبقائه رصداً على خدمة العقار^(٤) . ويقرب من هذا التعليل تعليل يقول به فقهاء آخرون ، مؤداه أن فكرة العقار بالتخصيص لا يمكن أن تثار إذا كان مالك المنقول شخصاً آخر غير مالك العقار ، إذ لا يمكن في هذه الحالة أن يقال إن مالك المنقول أراد إلحاقه بعقار لا يملكه . وإنما تثار الفكرة إذا كان مالك المنقول هو نفس مالك العقار ، إذ يمكن في هذه الحالة التساؤل عما إذا كان هذا المالك قد أراد أو لم يرد إلحاق منقوله بعقاره . فتكون وحدة المالك ، على مقتضى هذا التعليل ، داخلية في واقع المسألة ، وليست شرطاً بالمعنى الصحيح . ويكون واقع المسألة هو أن شخصاً واحداً يملك كلا من العقار والمنقول ، وعندئذ يصبح التساؤل متى يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص . فلا يكون إذن هناك إلا شرط واحد ، هو رصد المنقول لخدمة العقار أو استغلاله حتى يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص^(٥).

(١) ديمولومب ٩ فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١١ - وأوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢١ .

(٢) بودري وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ .

(٣) بودري وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ .

(٤) بودري وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ .

(٥) پلانيلور وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠ - بيدان وفواران فقرة ١١٤ - دي بلج

وديكروز ٥ فقرة ٦٤٥ - جولف فقرة ٦٢ ص ١٤٤ - پلانيلور وريبير وبولانچيه ١ فقرة

٢٦٤٧ - كاربونيه ص ٦٨ - حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨٩ .

ومتى تقرر وجوب اتحاد المالك ، فإن الحق في إلحاق المنقول بالعقار يكون لهذا المالك أولئاقه . ومن ثم يجوز لو كفل المالك استعمال هذا الحق ، كما يجوز ذلك للولي على المالك أو الوصي أو القيم ، فيصبح لأحد من هؤلاء أن يرصد لخدمة عقار الأصل أو المحجور منقولا يملكه هذا الأخير ، فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص ، إذ أن هذا العمل يعتبر داخلا في أعمال الإدارة^(١) . ويمكن اعتبار المستأجر نائباً عن المالك إذا هو وضع منقولا مملوكا له في خدمة العقار الذي استأجره ، وكان مشروطا في عقد الإيجار أن يترك المستأجر هذا المنقول لصاحب العقار عند نهاية الإيجار ، ففي هذه الحالة يكون مالك العقار هو أيضاً مالك المنقول بموجب عقد الإيجار ، ويكون المستأجر عند وضعه المنقول في خدمة العقار نائباً عن مالك العقار في ذلك ، فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص^(٢) .

ويجوز لمالك العقار في الشروع أن ياحق المنقول بالعقار ، ويصبح المنقول عقاراً بالتخصيص تحت شرط فاسخ . فإذا تمت القسمة ووقع العقار في نصيب هذا المالك ، لم يتحقق الشرط الفاسخ ، وبقي المنقول عقاراً بالتخصيص على وجه بات . أما إذا وقع العقار في نصيب مالك آخر ، فإن الإلحاق يفسخ بتحقق الشرط الفاسخ ، وينفصل المنقول عن العقار ليأخذه صاحبه^(٣) . ويمكن تطبيق هذا الحكم على كل مالك تحت شرط فاسخ للعقار أو للمنقول . فإذا وضع مالك العقار تحت شرط فاسخ منقولا لخدمة العقار ،

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ - ص ٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠ .

(٢) ديولوب ٩ فقرة ٢٠٩ - بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ هامش ١ - نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٩ - ١ - ٤٤٧ - عكس ذلك لوران ٥ فقرة ٤٣٨ .

(٣) ديولوب ٩ فقرة ٢١٤ مكررة - لوران ٥ فقرة ٤٣٥ - بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠ - شفيق شحاتة فقرة ٤٦ ص ٦٢ - حيد المنعم البدرأوى في المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٤٩ ص ٣٤٥ - ص ٣٤٦ - إسحاق غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٤ - استئناف مخطط ٦ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٤ - عكس ذلك استئناف مخطط ١٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٦ - نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٤ ص ٦٣٩ (متى كان أحد الشركاء في الشروع في أرض يمتلك ملكية خاصة ، وأقامها على هذه الأرض بماله ، واستغلها لنفسه ولحسابه الخاص ، فإنها لا تصير عقاراً بالتخصيص) .

أصبح هذا المنقول عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ ، فإذا لم يتحقق الشرط صار الإلحاق باتا ، وإذا تحقق انفسخ الإلحاق وانفصل المنقول عن العقار ليأخذه صاحبه . كذلك إذا وضع مالك العقار متقولا يملكه تحت شرط فاسخ لخدمة العقار ، أصبح المنقول عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ ، فإذا لم يتحقق الشرط صار الإلحاق باتا ، وإذا تحقق انفسخ الإلحاق وانفصل المنقول عن العقار وعاد إلى من له الحق فيه (١) .

وقد يضع شخص غير المالك يده على عقار باعتبار أنه المالك (*animo domini*) ، بحسنة أو بسوء نية ، فيجوز له بالرغم من أنه حائز غير مالك أن يرصد متقولا يملكه على خدمة هذا العقار ، ويصبح المنقول عقارا بالتخصيص . ولكن هذا الإلحاق ، وإن كان يتغل في حق الغير ، لا يحتاج به المالك الحقيقي للعقار . ومن ثم إذا استرد هذا الأخير عقاره ، فإنه يسترده وحده منفصلا عن المنقول الذي رصده لخدمته ، ويأخذ الحائز صاحب المنقول منقوله (٢) .

(١) أما إذا كان مالك المنقول مالكا تحت شرط واقف ، فإن المنقول لا يصبح عقارا بالتخصيص إلا عند تحقق الشرط . فإذا احتفظ البائع بملكية المنقول للمبيع حتى يدفع إليه جميع الثمن ، ووضع المشتري المنقول في أرضه ، فلا يمكن أن يكسب صفة العقار بالتخصيص مادام الثمن لم يدفع جمعه (مصر المختلطة ١٩ يناير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٢٠٦ ص ٧٦) . فإذا تنازل البائع عن حقه في الملكية ، واكتفى بمطالبة المشتري بباقي الثمن ، وشرع في تنفيذ الحكم الذي صدر له ، فإن المنقول المبيع الذي وضع في أرض المشتري يصير عقارا بالتخصيص (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٥١ ص ٥٩ - محمد علي عرفة فقرة ٥٨ ص ٨٦ - شفيق شحاتة فقرة ٤٦ ص ٦٢ - سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٨٧ ص ٤٤٥ - إسحاق غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٤ - استئناف وطني ٧ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة للرسية ١٥ رقم ١٠٧ ص ٢١٣ - استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٣٥٠ ص ٣٠٠ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٠) .

وإذا كانت الآلة الزراعية مملوكة لشخصين على الشيوع ، وضعت في عقار أحدهما ، فلها لا تصبح عقارا بالتخصيص (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٥٢ ص ٢٢) .

(٢) ديولومب ٩ فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢٠٩ - لوران ٥ فقرة ٤٣٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢١ - بودري وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٤٨ - أنسيلويدي دالوز ١ لفظ *Biens* فقرة ١٠٤ - فقرة ١٠٥ - شفيق شحاتة فقرة ٤٦ ص ٦٤ - عبد المنعم البدراني في المدخل لقانون الناصر فقرة ٢٤٩ ص ٣٤٥ - إسحاق غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٤ .

وقد يتوافر شرط اتحاد المالك ، فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص ، ولكن يقع بعد ذلك أن يبيع المالك العقار أو المنقول ، فيختل شرط اتحاد المالك ، ومن ثم ينتهي إلحاق المنقول بالعقار وينفصل عنه ليأخذه من له الحق فيه^(١).

١٥ - الشرط الثاني - التخصيص : ورد في المذكرة الإيضاحية

للمشروع التمهيدى للتقنين المدني ما يأتي : « وقد توسع المشروع فيها (العقارات بالتخصيص) ، فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالي (السابق) على الآلات اللازمة أى الضرورية للزراعة والمصانع .. ، بل نص عليها في صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكة في عقار مملوك له ، ويخصه بخدمة العقار كالتأثيل التي توضع على قواعد مثبتة ، وإما لاستغلاله كالألات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المال التجارية إلخ . ولا يشترط أن يكون المنقول لازما أى ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفي تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك . أما إذا وضع المنقول لخدمة شخص ماله لا لخدمة العقار ، فإن ذلك لا يجعله عقارا بالتخصيص . ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة بل يكفي ألا يكون عارضا ، متى انقطع التخصيص زالت عن المنقول صفة العقار^(٢) . ويستخلص من ذلك أمور ثلاثة : (١) يجب أن يكون المنقول (العقار بالتخصيص) مخصصا لخدمة العقار ، لا لخدمة شخص المالك . (٢) ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة ، بل يكفي ألا يكون عارضا . (٣) ولا يشترط أن يكون التخصيص ضروريا لخدمة العقار ، بل يكفي التخصيص لخدمة العقار أو استغلاله ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك :

١ - المنقول المخصص لخدمة العقار إنما يعتبر عقارا بالتخصيص لأن العقار الذى خصص المنقول لخدمته هو الذى يضاف عليه صفة العقار ، فلا بد

(١) بلانويك وديبير وبيكار ٣ ققرة ٨٠ - نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٣١

جازيت دى باليه ١٩٣١ - ١ - ٧٤٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٧ .

إذن من أن يكون المنقول قد خصص لحزمة العقار حتى تنتقل صفة العقار إلى المنقول . أما إذا كان المنقول قد خصص ، لا لحزمة العقار ، بل لحزمة شخص مالك العقار ، فإنه يتعلم التلازم ما بين المنقول والعقار ، ولا يعود ثمة محل لإضفاء صفة العقار على المنقول . فلو أن صاحب الفندق قد أعد لنفسه غرفة خاصة في الفندق لاستراحته عند الحاجة ، وأثت هذه الغرفة بأثاث خاص به بحيث لو انتقلت ملكية الفندق إلى غيره لكان من الطبيعي أن ينتزع هذا الأثاث الذي أعد له لشخصه ، فإن الأثاث يكون في هذه الحالة قد خصص لحزمة صاحب الفندق شخصيا لا لحزمة الفندق ، ومن ثم يبقى منقولا على طبيعته ولا يصبح عقارا بالتخصيص . أما مفروشات الفندق وأثاثاته ، فهذه قد خصصت لاستغلال الفندق ذاته ، ومن ثم تصبح عقارا بالتخصيص . وكذلك لو أعد صاحب الفندق أو صاحب المصنع أو صاحب المزرعة سيارة لاستعماله الشخصي ، فإن هذه السيارة تبقى منقولا لأنها لم تخصص لاستغلال العقار ، بل خصصت لحزمة صاحب العقار شخصيا ، أما إذا ألقى بالفندق أو المصنع أو المزرعة ثقل نزلاء الفندق أو منتجات المصنع أو محاصيل المزرعة ، فإن السيارة تكون في هذه الحالة قد خصصت لاستغلال العقار ، ومن ثم تصبح عقارا بالتخصيص^(١) .

٢ - ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة (*à perpétuelle demeure*) . أما في التقنين المدني الفرنسي ، فقد رأينا من نصومه إلى أوردها^(٢) أن هناك عقارا بالتخصيص يضمه المالك لحزمة العقار الأصلي واستغلاله (م ١/٥٢٤ و ٢ مدني فرنسي) ، وهذا لا يشترط فيه أن يكون تخصيصه بصفة دائمة لأن النص لم يشترط ذلك . وهناك عقار بالتخصيص وضعه المالك لتزيين العقار الأصلي ، ويشترط النص صراحة أن يكون تخصيصه بصفة دائمة ، وقد يكون لهذا التخصيص الدائم علامة مادية هي أن يكون العقار بالتخصيص ملصقا بالعقار الأصلي بالجبس أو الإسمنت ،

(١) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ - بيدان وثواران فقرة ١١٥ - جولف فقرة

٧٢ - پلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥١ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٥٢ - شفيق

شحاته فقرة ٤٧ ص ٦٤ - حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨٣ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٢ .

وذلك كالمرابا وألواح التصوير والمائيل (م ٥٢٤/٣ وم ٥٢٥ ملنى فرنسى^(١)) . ولكن التفتين الملنى المصرى لم يخذ حلو التفتين الملنى الفرنسى فى هذا التمييز بين التخصيص للخدمة والاستغلال والتخصيص على سبيل اللوام ، وهو تمييز يتخذ به بعض الفقهاء الفرنسيين^(٢) . وكل ما يطلبه التفتين الملنى المصرى هو تخصيص المتقول لخدمة العقار أو استغلاله (م ٢/٨٢ ملنى) . ويستوى أن يكون التخصيص لاستغلال العقار استغلالا زراعيا أو صناعيا أو تجاريا أو مدنيا ، أو أن يكون لخدمة العقار واستعماله ، أو حتى أن يكون لتزيين العقار فإن التزيين يدخل فى عموم « خدمة » العقار ، وسرى تفصيل ذلك فيما يلى . وإذا كان التخصيص لتزيين العقار ، فلا يشترط التفتين المصرى كما اشترط التفتين الفرنسى أن يكون التخصيص على سبيل اللوام ، ومن باب أولى لا يشترط اللوام إذا كان التخصيص للخدمة أو للاستغلال .

وإذا كان لا يشترط أن يكون التخصيص على سبيل اللوام ، فإنه لا يجوز مع ذلك أن يكون تخصيصا عارضا لمدة موقوتة قصيرة ، بل يجب أن يكون على سبيل الثبات والاستقرار ، فإن هذا وحده هو الذى يبرر إعفاء صفة العقار على المتقول . ولا يمنع من أن يكون التخصيص ثابتا مستقرا أن ينقطع انقطاعا عارضا مؤقتا ، فقد تنقل المواشى من الأرض الزراعية نقلا عارضا لمعالجتها مثلا ، وبالرغم من هذا النقل العارض تبقى المواشى مخصصة لاستغلال الأرض على سبيل الثبات والاستقرار فتبقى عقارا بالتخصيص ، حتى فى المدة التى انتقلت فيها^(٣) .

٣- ولا يشترط أن يكون التخصيص ضروريا ، بل يكفى التخصيص لخدمة العقار أو استغلاله ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك . وهذا

(١) انظر فى تبرير هذا التمييز لوران ه. فقرة ٤٣٤ و فقرة ٤٤١ - بوردى وشرفى فقرة ٦١ .

(٢) پلاتيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١ ص ٩٤ وهامش ٢ - پلاتيول وريبير وبولانچير ١ فقرة ٢٦٦٢ - كولان وكايتان وحى لاموراندوير ١ فقرة ٩٢٨ - كاربوليه ص ٦٨ - ص ٦٩ .

(٣) جولف فقرة ٧١ ص ١٦٨ - إسحاق غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٧ - حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨٢ .

مخلاف القانون المدني الفرنسي ، فإن الرأي السائد فيه هو أن يكون التخصيص ضرورياً^(١) . أما في التقنين المدني المصري ، فالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صريحة في أنه لا يشترط أن يكون التخصيص ضرورياً ، إذ تقول كما رأينا^(٢) : « ولا يشترط أن يكون المنقول لازماً أى ضرورياً للخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفي تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ، ولولم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك » .

ولا تكفى إرادة المالك وحدها ليكون المنقول عقاراً بالتخصيص ، بل يجب أن يقوم إلى جانب الإرادة جانب الواقع . ومعنى ذلك أن المالك لا يستطيع بإرادته وحدها أن يلحق منقولاً بعقار فيجعله بهذه الإرادة عقاراً بالتخصيص ، بل يجب فوق ذلك أن يخص هذا المنقول تخصيصاً فعلياً للخدمة العقار أو استغلاله^(٣) .

وقد بينت المذكرة الإيضاحية ، فيما رأينا^(٤) ، أنواع الخدمة والاستغلال ، فقالت في هذا الصدد : « وقد توسع المشروع فيها (العقارات بالتخصيص) ، فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالي (السابق) على الآلات اللازمة أى الضرورية

(١) بودرى وشوفو فقرة ٦١ ص ٦٠ - پلاتيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٨٥ - جولف فقرة ٧٥ - كاربونييه ص ٧٣ - ص ٧٤ - نفيس فرنسى ٣١ يولييه سنة ١٨٧٩ دالورز ١ - ٨٠ - ٢٧٣ - ٩ ديسيمبر سنة ١٨٨٥ دالورز ٨٦ - ١ - ١٢٥ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ صيريه ١٩٢٦ - ١ - ١٥٣ - ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٨ - ٢ - ٨٥٧ .
(٢) انظر آنفا نفس الفقرة .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٦٢ - پلاتيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢ وقرة ٩٠ - شليق شحاته فقرة ٥١ .

وبتين من ذلك أن التخصيص عمل مختلط (acte mixte) ، فهو مزيج من الإرادة والعمل المادى ، ولكن عنصر العمل المادى فيه هو الغالب ، شأن التخصيص في ذلك شأن الاستيلاء . ومن ثم يمكن اعتباره ، تبعا لمنصره الغالب ، واقعة مادية لا تصرفا قانونيا . ولا يمنع ذلك من وجوب قيام إرادة التخصيص ، فهذه الإرادة ، إذا لم تكن كافية وحدها ، فإنها مع ذلك ضرورية لثم التخصيص . وقد قضت محكمة النقض للفرنسية بأن التخصيص لا يتحقق في منقولات وضمت في عقار أحلى مهراً ، إذا لم تنسج إرادة المالك إلى ذلك (نفيس فرنسى ٢١ أبريل سنة ١٨٨٥ دالورز ٨٥ - ١ - ٢٩٢) - ويلذهب بمضى الفقهاء إلى أن التخصيص تصرف قانونى يصدر من جانب واحد (شليق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٣) .

(٤) انظر آنفا نفس الفقرة .

الزراعة والمصانع (م ١٨/٤) بل نص عليها في صيغة عامة تجعلها تشمل كل متقول يضعه مالكة في عقار مملوك له ، ونخصص إما لفئة العقار كالتماثيل التي توضع على قواعد منبتة ، وإما لاستغلاله كالألات الزراعية والصناعية ومعروضات الفنادق والغرف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية إلخ . ويتضح من ذلك أن التخصيص يهدف إلى أحد أغراض أربعة : (١) الاستغلال الزراعي (٢) الاستغلال الصناعي (٣) الاستغلال التجاري (٤) خدمة العقار وتزيينه (و يدخل في ذلك الاستغلال المدني) .

١٦ - الاستغلال الزراعي (exploitation agricole) : هناك أمثلة كثيرة متنوعة على التخصيص بقصد الاستغلال الزراعي ، وقد أورد التقنين المدني الفرنسي منها في المادتين ٥٢٢ و ٥٢٤ منهجلة وافرة كالأرنا^(١) حيث كانت الزراعة هي الغالبة وقت وضع هذا التقنين ، وكلها يصدق عليها أنها عقار بالتخصيص طبقاً لأحكام التقنين المدني المصري ، فتعرضها في إيجاز ، وقد وردت كما قلنا على سبيل المثال لا على سبيل الحصر^(٢) :

١ - المواشي المخصصة للزراعة : وذلك كالبقر والحاموس والحمير والبغال والخيول والجمال وغيرها من الحيوانات التي تستعمل في الحرث والجر والحمل ، فهذه قد ألحقت بالأرض الزراعية لاستغلال الأرض ، ومن ثم تعتبر عقارا بالتخصيص . ولا يمنع من ذلك أن يكون في حزم المالك أن يبيع هذه المواشي أو أن يلجأها ، بعد أن تخدم الأرض المدة الكافية وبعد أن تصبح غير صالحة للاستغلال الزراعي^(٣) . ويكفي لتكون المواشي مخصصة للاستغلال الزراعي ، أن يضع المالك قطعاً من الغنم في الأرض الزراعية وغرضه الرئيسي من ذلك تسميد الأرض^(٤) . وقد يعتمد المالك على تربية المواشي في أرضه ،

(١) انظر كذاً فقرة ١٢ .

(٢) فالتقنين إذن ، في الاستغلال الزراعي وفي غيره من أنواع الاستغلال والخدمة الأخرى ، هو الذي يبت فيها إذا كان المتقول قد أمد لاستغلال العقار أو تخدمت تبعاً لطروف القضية . والمسألة مسألة واقع (بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٥) . فإذا تبين مثلاً أن أرضاً زراعية لا تصلح إلا لتربية المواشي ويبيعها بعد ذلك ، فإن المواشي تعتبر في هذه الحالة عقاراً بالتخصيص إذ هي موجودة لاستغلال الأرض (إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٦) .

(٣) بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٦ .

(٤) (أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٢ - بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٦) .

وغرضه الرئيسي من ذلك أن ينفع بالإنها أو بلحمها ، ففي هذه الحالة لا تعتبر المواشى عقارا بالتخصيص حتى لو انتفع بها عرضاً لتسميد الأرض ، لأن الغرض الرئيسي من وضعها في الأرض ليس هو خدمة الأرض واستغلالها ، بل تربيته في الأرض حيث ترعى وتنمو ، فهي التي تنفع بالأرض لا الأرض هي التي تنفع بها^(١) . وكذلك لا تعتبر عقارا بالتخصيص ، من باب أولى ، اللواجن والأرانب وغيرها مما يربيه المالك في أرضه لبيعه أو الانتفاع ببيعه ولحمه^(٢) . والإجماع منعقد على أنه لا يعتبر عقارا بالتخصيص الحيوانات المخصصة لخدمة المالك لا الأرض ، كالحمل المعد للصيد أو لجر المركبات التي يستعملها المالك في تنقلاته^(٣) .

وقد يؤثر المالك أرضه الزراعية ، ويؤجر معها مواشى يخصصها لزراعة هذه الأرض ، فيتسلم المستأجر أو المزارع الأرض ومعها المواشى وقد أصبحت هذه عقارا بالتخصيص بعد أن ألحقها المالك بالأرض للاستغلال الزراعي . فيستوى إذن أن يتولى المالك استغلال الأرض بنفسه ومعها المواشى التي يخصصها لزراعة الأرض ، وأن يسلم الأرض والمواشى بعد أن أصبحت عقارا بالتخصيص لمستأجر أو مزارع يستغل الأرض والمواشى . وقد أفرد الثقتين المدني الفرنسي لهذه الصورة الأخيرة نصاً خاصاً ، فقضت المادة ٥٢٢ منه بأن « المواشى التي يسلمها مالك الأرض للمستأجر أو المزارع لأعمال الزراعة ، سواء قومت أو لم تقوم ، تعتبر عقارا مادامت مرتبطة بالأرض بموجب الاتفاق - أما تلك التي يعطيها إيجارا لغير المستأجر أو المزارع ، فتكون منقولة^(٤) » . وبديهي أن المواشى التي يؤجرها المالك إلى غير مستأجر

(١) أوبري ورو ٢٥٠٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٢ - بلانويول وديير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٥ - بلانويول وديير وبولانجه ١ فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ - عهد على عرق فقرة ٦١ ص ٨٨ - نقض فرنسي ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٨٥٧ - عكس ذلك بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٦ - كولان وكايتان دي لاموراندبير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤١ - نقض فرنسي ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٢٠٦ .
(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٢ - بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٦ - بلانويول وديير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٥ .

(٣) ديمولوب ٩ فقرة ٢٤٠ - لوران ٥ فقرة ٤٤٤ - بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٧ .

(٤) انظر أنفاً فقرة ١٢ في الحاشي .

الأرض أو المزارع لا تملو أن تكون منقولاً أجره صاحبه ، لأنها لم تؤجر مع الأرض الزراعية حتى تفضى عليها الأرض صفة العقار بالتخصيص . فلا بد إذن ، حتى تصبح المواشى أو أى شئ آخر يخصص لزراعة الأرض كالألات الزراعية والتبن والسماد^(١) عقاراً بالتخصيص ، أن تؤجر مع الأرض الزراعية حتى تكون مخصصة لزراعة هذه الأرض . ويستوى في ذلك أن تكون المواشى قد قومت أو لم تقوم ، فإنها إذا قومت فلا يعنى ذلك أن ملكيتها قد انتقلت إلى المستأجر ، وإلا لأصبح مالك المواشى غير مالك الأرض واختل شرط اتحاد المالك . وإنما فائدة التقويم هى أن تنتقل تبعة هلاك المواشى إلى المستأجر أو المزارع ، ويصبح هذا ملزماً برد مواش تعادل قيمتها قيمة المواشى الأصلية^(٢) . ومن ثم تبقى المواشى ، حتى لو قومت ، ملكاً لمصاحب الأرض ، فله أن يبيع الأرض وتبعها المواشى التى أصبحت عقاراً بالتخصيص ، ويلتزم المشتري باحترام حق المستأجر أو المزارع بالشروط التى قررها القانون . ولدائن صاحب الأرض أن يوقع الحجز على الأرض حجزاً عقارياً ، فيشمل الحجز المواشى بعد أن أصبحت عقاراً بالتخصيص^(٣) . أما المستأجر أو المزارع فليس له إلا حق الانتفاع بالأرض وبالمواشى وحتى إدارتها ، ويدخل في أعمال الإدارة بيع ما يكاد ينفق من المواشى أو ما أصبحت الاستفادة به غير كاملة لإحلال غيره محله . فلا يجوز له إذن بيع المواشى في غير حلود أعمال الإدارة ، ولا يجوز لدائنه الحجز عليها حجز المنقول^(٤) .

٢- آلات الحرث والآلات الزراعية الأخرى : آلات الحرث واضح تخصيصها للزراعة ، فتلتحق بالأرض وتصبح عقاراً بالتخصيص^(٥) . وكآلات الحرث آلات الحصاد وآلات الري ، فإنها تصبح أيضاً عقاراً

(١) بودرى وشوفو فقرة ٦٥ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٦٤ ص ٦٣ - ص ٦٤ .

(٣) استئناف غنطل ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٢ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ٦٤ ص ٦٤ - پلانويل وريپير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ - كولان وكابيتان ودى لاموراندوير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤١ - نقض فرنسى ٦ مايو سنة ١٩٠٥ دالغوز ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٩ .

(٥) استئناف غنطل ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٩ - فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٤٦ - ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٩٩ .

بالخصيص إذا خصصت لزراعة الأرض . وقد تكون بعض هذه الآلات مندرجة في الأرض ، فتصبح جزءاً منها وتكون عقاراً بطبيعتها^(١) . وكذلك حكم السواقي والشواذيف والتوازيح .

٣- البلور والتبن والسماد : فالبلور التي خصصها المالك لبذر الأرض ،

أو التي أعطاهها للمستأجر أو المزارع ليبذر بها الأرض ، تعتبر عقاراً بالخصيص . وقد يحتجز المالك في آخر السنة الزراعية جزءاً من المحصول يخصمه للبذر ، فيصبح هذا الجزء عقاراً بالخصيص ، أما بقية المحصول يعد فصله من الأرض فإنه يصبح متقولاً . والبلور تكون عقاراً بالخصيص قبل دفنها في الأرض ، أما إذا دفنت فلها تصبى عقاراً بطبيعتها^(٢) .

والتبن والسماد ، وهى مواد أعلت لتسميد الأرض ، تعتبر عقاراً بالخصيص إذا هى ألحقت بالأرض لتسميدها ، سواء كان المالك هو الذى فعل ذلك كما هو الغالب ، أو فعل ذلك المستأجر وفاء لما اشترطه عليه المالك من ترك التبن والسماد في الأرض عند انتهاء الإجازة فإن هذه المواد في هذه الحالة تؤول ملكيتها إلى مالك الأرض وقد ألحقت بالأرض لتسميدها فتصبح عقاراً بالخصيص^(٣) . ويكون التبن والسماد عقاراً بالخصيص ملحقاً بالأرض في مجموعها ، لا بجزء أو أجزاء معينة منها^(٤) . ولا يكون التبن عقاراً بالخصيص إلا إذا أعد لتسميد الأرض ، أما إذا أعد غذاء للماشية فإنه يكون متقولاً لأنه ألحق بالماشية وهى ليست عقاراً بطبيعتها^(٥) .

(١) انظر آفقرقرة ١١ في آخرها .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٦٨ - بلانويك وريبير وييكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٧٢ - بلانويك وريبير وييكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ - كولان وكايتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٢ .

(٤) بلانويك وريبير وييكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ - ويترتب على ذلك ما يأتي : (١) إذا باع المالك كل الأرض صفقة واحدة ، دخل التبن والسماد في البيع . (ب) إذا اقتلع المالك جزءاً من الأرض وباعه ، لم يكن المشتري حق في جزء من التبن والسماد يناسب الجزء من الأرض الذى اشتراه . (ج) إذا باع المالك كل الأرض أجزاء متفرقة لمشتريين متعددين ، لم يجر لأحد من المشتريين أن يختص بجزء من التبن والسماد ، ومن ثم يبق التبن والسماد ملكاً للبائع ويتحول إلى متقول بطبيعته . انظر كولان وكايتان ودى لاموراندبير فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٢ - محمد على حرقه فقرة ٦٤ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٣ هامش ٤٣ - لوران ٥ فقرة ٤٥٨ - بلانويك وريبير وييكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ .

٤- حمام الأبراج وأرانب الأوكار وخلايا النحل وحدود القز وأسماك البرك : هذه كلها وغيرها حيوانات تربي عادة داخل الأراضي الزراعية ، وتخصص لحلمتها ، إذ هي تتغذى منها وفي الوقت ذاته تضيف إلى ما تطفه الأرض من ريع فزيد في الإنتاج . ومن هذه الناحية تكون هذه الحيوانات مخصصة لاستغلال الأرض الزراعية ، ومن ثم تكون عقارا بالتخصيص (١) .

٥- المعاصر والمراجل والأنايب والجواني والدنان : وكل شيء آخر أعد لتخزين المحصول الزراعي وحفظه يعتبر ملحقا بالأرض الزراعية ، ومن ثم يكون عقارا بالتخصيص . وقد عني التقنين المسمى الفرنسي بذكر المعاصر والمراجل والدنان والجواني ، وهي أوان لتقطير الحُمور وحفظها : لانتشار زراعة العنب في فرنسا من أجل تقطيره خمرًا . وإذا كان الملع لحفظ المحصول لا يبقى في الأرض على سبيل الثبات والاستقرار بل يتبع المحصول ويبيع معه ، كما كياس القطن وبراميل النبيذ ، فإنه لا يعتبر عقارا بالتخصيص بل يكون منقولاً (٢) .

(١) وتختلف من التبن والساد في أنها تعتبر مخصصة الجزء من الأرض التي فيه البرج أو الوكر أو البركة إلخ ، فإذا باع المالك شيئاً من ذلك تبعه كل الحيوانات (كولان وكابيتان ودى لامورالديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣) .

وانظر في أن خلايا النحل عقار بالتخصيص : استئناف غنطلط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ ص ٢١٥ .

ولم يرد في التقنين المسمى الفرنسي (م ٥٢٤) ذكر دود القز ، وكان قد اقترحت إضافته إلى خلايا النحل في مشروع التقنين فرغفص الاقتراح (عليه ١١ ص ٢٠) . ومع ذلك فإن الفقه الفرنسي الحديث يدخل دود القز في عداد العقارات بالتخصيص ، متعلها بأن العدد الذي ورد للعقارات بالتخصيص في التقنين المسمى الفرنسي لم يرد على سبيل الحصر (هودرى وشوفو فقرة ٧٠ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ - ٨٧ - بلانويول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ - كولان وكابيتان ودى لامورالديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣ - وانظر عكس ذلك أوبري ودو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٤ - أنسيكلوبيلى دالوز ١ لفظ *Bien* فقرة ١٦٩) .

(٢) بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ - بلانويول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ - كولان وكابيتان ودى لامورالديير ١ فقرة ٩٢٦ - محمد علي عرفة فقرة ٦٣ .

١٧ - استثمار المصنعي (exploitation industrielle) : وكل

ما ورد في شأن الاستغلال الصناعي في التقنين المدني الفرنسي (م ٢/٥٢٤)
 العبارة الموجزة الآتية : « الآلات الضرورية لاستغلال معامل الحديد ومعامل
 الورق والمعامل الأخرى » . وهذا طبيعي ، إذ لم تكن الصناعة في فرنسا وقت
 وضع التقنين المدني الفرنسي إلا في دور الطفولة أما الآن ، بعد أن خطت
 الصناعة خطوات بعيدة حتى في الدول النامية ومنها مصر ، فإن من المتفق
 عليه أن يكون عقارا بالتخصيص جميع الآلات والمعدات والأجهزة التي
 توضع في المصنع لتشغيله ، أيا كان هذا المصنع معداً للصناعات الثقيلة كالحديد والصلب
 والآلات والمكينات ، أو كان معداً للصناعات الخفيفة كالغزل والنسيج
 والأحذية والأثاث والصابون والورق والزجاج والروائع وتقطير الكحول
 وغير ذلك من المواد الاستهلاكية ، ومهما بلغ حجم الآلات والمعدات
 والأجهزة الموضوعة في المصنع لتشغيله ، كبر هذا الحجم أو صغر ، فإن هذه
 الآلات والمعدات والأجهزة تعتبر عقارا بالتخصيص مادامت قد خصصت
 لتشغيل المصنع ، وكان مالئها هو نفس مالك المصنع . ويعتبر كذلك عقاراً
 بالتخصيص العربات والمركبات والحيل المخصصة لأعمال المصنع ، وكذلك
 الآلات المولدة للكهرباء^(١)

والمفروض بطبيعة الحال أن يكون المصنع عقاراً بطبيعته ، ويكون عادة
 مبنى ضخماً بجميع توابعه وملحقاته . فعندما توضع في هذا العقار الآلات
 والمعدات الصناعية المخصصة لتشغيل المصنع ، يضاف العقار على هذه الآلات
 والمعدات صفة العقار بالتخصيص ، ما لم تكن الآلات والمعدات قد اندمجت
 في العقار وأصبحت جزءاً منه فتصبح عندئذ عقاراً بطبيعته . وعلى ذلك
 لا تكون الآلات والمعدات عقاراً بالتخصيص إذا لم يكن هناك عقار أصل

(١) بودري وشوفو فقرة ٨١ - فقرة ٨٢ - وقد قضى بأن أسلاك التلفون تعتبر عقاراً
 بالتخصيص بالنسبة إلى محل توليد الكهرباء ، لا بالنسبة إلى منازل المشتركين (مصر الكلية ٣
 أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١) . وقضى بأن آلات المطبعة المقامة في
 مكان أعد لها خصيصاً تعتبر عقاراً بالتخصيص ، ويجهز عليها حيزاً عقارياً (استئناف غنط
 ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٦٧) .

يضمن عليها هذه الصفة ، فألات النسيج التي يملكها نساج يعمل في منزله ، والأدوات المناعية التي يملكها الصانع وينقل بها من مكان إلى آخر لمباشرة مهنته ، كل هذه غير ملحقة بعقار أصلي أحد للصناعة ، ومن ثم لا تكون عقاراً بالتخصيص بل منقولاً بطبيعته^(١) .

وتعتبر كذلك عقاراً بالتخصيص المواد الخام الموضوعة في المصنع والمعدة للصنع ، أما منتجات المصنع التي تم صنعها فهي منقول بطبيعته لا عقاراً بالتخصيص ، شأنها في ذلك شأن المحصولات الزراعية بعد انفصالها عن الأرض ، وشأن البضائع التي توجد في المتجر وتكون معدة للتداول .

١٨ - الاستغلال التجاري (exploitation commerciale) : لما كان المفروض أن هناك عقاراً بطبيعته هو الذي يضمن على العقار بالتخصيص صفة العقار ، فإنه يجب التمييز ، في الاستغلال التجاري ، بين المتجر (fonds de commerce) الذي هو منقول معنوي وبين العقار الذي يباشر فيه التجارة ، وكثيراً ما يكون هذا العقار غير مملوك لصاحب المتجر ، بل يكون هذا قد استأجره فبدخل الحق في الإيجار ضمن عناصر المتجر ، ولا يكون هناك محل لاعتبار الأدوات والمعدات التجارية عقاراً بالتخصيص إذ هي غير ملحقة بعقار يملكه صاحب المتجر . وحتى لو كان العقار الذي يباشر فيه صاحب المتجر تجارته مملوكاً له ، فهو في أكثر الأحوال غير مهياً تهيئة خاصة للتجارة ، إذ يكون عقاراً صالحاً - في الحال أو بعد إدخال تعديلات بسيطة فيه لا تغير من كيانه - للتجارة ولغيرها من الأغراض ، كأن يكون مكتباً أو مسكناً . وهذا بخلاف المصانع ، فإنها بحكم بنائها وتجهيزها لا تصلح غالباً إلا للصناعة . وحتى يكون هناك عقار تجاري يمكن أن يضمن على النقولات المعلقة لاستغلاله صفة العقار بالتخصيص ، يجب أن يكون هذا العقار مهياً تهيئة خاصة للتجارة^(٢) . ويقع ذلك في بعض الأحوال ، فهناك متاجر كبرى تبيع بضائعها للمستهلكين

(١) بودي وشوفو ققرة ٧٤ ص ٧٣ - أوبري ورو ٢ ققرة ١٦٤ ص ٢٦ -
بلايول وبيير وبيكار ٣ ققرة ٨٦ ص ٨٨ - محمد علي حرفة ققرة ٦٩ .

(٢) فيكون هذا العقار وكذلك العقارات بالتخصيص الملحقة به جميعها داخلة ضمن عناصر المتجر ، الذي هو منقول معنوي كما قلنا .

مباشرة أو تبعية بالجملة ، وتشيد مباشرة أعمالها عقارات ضخمة تبنيها تبني خاصة لنوع التجارة الذي تمارسه ، كمحلات شيكورييل وعمر أفندي وأوركو وجاتينيو وبونمارشيه ويقويان وغيرها من المحلات المروعة^(١). فتل هذه المحال عقارات أصعدت خصيصاً للتجارة ، ومن ثم تكون المنقولات التي وضعت فيها وخصصت للاستغلال التجاري عقارا بالتخصيص مادام مالك العقار هو المالك لهذه المنقولات^(٢). وذلك كالأثاث والمفروشات التي أثبت بها هذه المحال لاستغلالها ، وكالمركبات والعربات والحبل التي خصصت لعمليات النقل المتعلقة بالتجارة ، وكالأجهزة الكهربائية والأدوات والمعدات الأخرى التي وضعت في هذه المحال للاستغلال التجاري . أما المتجر نفسه ، وهو منقول معنوي كما قلنا ، فلا يكون عقارا بالتخصيص^(٣).

ومن العقارات التي تشيد مع تبنيها تبني خاصة للتجارة الفنادق ، والبنيونات والمطاعم والمقاهي ، فكثيراً ما يشيد العقار ليكون فندقاً أو بنسونا أو مطعماً أو مقهى منذ البداية . فيعد إعداده خاصاً لهذا الغرض ، بحيث يترك من يلقى نظرة عليه لأول وهلة أنه لا يمكن إلا أن يكون ذلك . ففي هذه الحالة تكون المنقولات الموضوعة في هذا العقار لاستغلاله التجاري ، من أسرة وأبسطة وبهاجيد ومفروشات وأثاث وكراسي ومناضد وأجهزة كهربائية وأدوات الطبخ والأكل وغير ذلك ، عقارا بالتخصيص^(٤).

(١) بودري وشوفو فقرة ٧٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .

(٢) وقد نفتت محكمة النقض بأن تعتبر المنقولات التي رصدها المالك لخدمة عقاره المستغل . استغلالاً تجارياً بمفرده عقاراً بالتخصيص ، وليس يلزم لاعتبارها كذلك أن تكون مثبتة بالعقار . حل وجه القرار (نقض ماني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً جزء ١ ص ٣٠١) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .

(٤) كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣ - كاربونييه ص ٦٨ - محمد علي حرفة فقرة ٧٣ - شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦١ - عبد المليم البداري في المدخل لقانون المخاص فقرة ٢٥٠ ص ٣٤٧ وقرة ٢٥١ ص ٣٤٩ - إسمايل غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٦ - منصور مصطفي منصور في نظرية الحق ص ٢٥٦ - عكس ذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٦ و ص ٣٠ - ديولومب ٩ فقرة ٢٦٤ . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن المسألة مسألة واقع بحسب النية وظروف كل حالة (نقض فرنسي ٣١ يولييه سنة ١٨٧٩ دالوز ٨٠ - ١ - ١٢٥ - ٩ ديسمبر سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ١٢٥ - ٢ أغسطس سنة ١٨٨٥ -

كذلك الحال فيما يتعلق بقاعات السينما والمسارح ، فهذه تشيد تشييداً خاصاً ، ولا تكاد القاعة تصلح إلا للسينما أو المسرح أو للاجتماعات والحفلات العامة . فكل ما يوضع فيها من منقولات لاستغلالها استغلالاً تجارياً ، كالكراسي وأجهزة الإضاءة والستائر والديكور وما يوضع على خشبة المسرح من أسلحة ومجاذير ومفروشات وأدوات إطفاء الحريق وغير ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص^(١) .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالمصارف ، فإن العقار الذي يشيد ليستخدم مصرفاً بعبارة تهيئة خاصة للملك بحيث يدرك من يراه لأول وهلة أنه مصرف . فالمنقولات التي توضع في هذا العقار لتسيير الأعمال المصرفية ، من أثاث وأوراق وكراسي ومكاتب وخزائن ، كل هذا يعتبر عقاراً بالتخصيص^(٢) . والكازينوهات في مدن المياه المعدنية والحمامات تشيد عقاراتها وتبني تهيئة خاصة للغرض المقصود ، فما تحويه من منقولات لاستغلالها ، كالمفروشات ومناضد اللعب والأواني والقوارير وأدوات الاستحمام وغير ذلك ، تعتبر عقاراً بالتخصيص^(٣) .

وتحديد أى المنقولات قد خصص للاستغلال التجاري ، حتى يعتبر عقاراً بالتخصيص ، يختلف باختلاف الظروف ، وقاضي الموضوع هو الذي يبت في ذلك متمشياً في كل حالة مع ما يناسبها^(٤) .

= دالوز ٨٧ - ١ - ٢٩٣ - وانظر بلانيول وريبير وبولانيه ١٢٢٤ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *Biens* فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٦٥ .

وانظر فيما يتعلق بالبراسيري (*brasserie*) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٩٠ - نقض فرنسي ٢٤ يناير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٣٢٧ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ سيرة ١٩٢٦ - ١ - ١٥٣ .

(١) بودر وشوفو فقرة ٨٠ وفقرة ٨١ ص ٧٧ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٦ حص ٣٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٩٠ - بلانيول وريبير وبولانيه ١٢٢٤ - ٢٦٥٤ - محمد علي حرفة فقرة ٧١ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٣٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ - ص ٩٠ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *Biens* فقرة ٢٦٩ .

(٣) بودر وشوفو فقرة ٧٩ ص ٧٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .

(٤) بودر وشوفو فقرة ٧٧ - فقرة ٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ - نقض فرنسي ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ سيرة ١٩٢٦ - ١ - ١٥٣ .

أما البضائع التي يحتويها المتجر والتي تعد للبيع والتداول ، فإنها إذا نظر إليها على استقلال لا تكون عقارا بالتخصيص بل هي منقول بطبيعته ، وإذا نظر إليها كمعصر مادي من عناصر المتجر فإنها تتبع المتجر وتندرج في مجموعته وتعتبر منقولا معنويا . وذلك هو أيضاً حكم شارة المتجر (enseigne) ، ولكن الاسم التجاري (nom commercial) لا يعتبر منقولا طبيعياً ولا عقارا بالتخصيص ، بل هو عنصر معنوي من عناصر المتجر^(١).

١٩ - **غرفة العقار وتزويجه والاستغلال المرنى** : وليس من الضروري . ليكون المنقول عقاراً بالتخصيص ، أن يكون مخصصاً للاستغلال أصلاً ، زراعياً كان الاستغلال أو صناعياً أو تجارياً ، بل يكفي أن يكون مرصوداً للخدمة العقار الأصلي . ومعنى ذلك أن يكون مالك العقار الأصلي لا يستغل هذا العقار إطلاقاً بل يستعمله لحاجته الشخصية . كنزل يسكنه صاحبه أو طابق في مبنى يستعمله صاحبه مكتباً له . فما يوضع في هذا البناء من منقولات رصدت على خدمته . كأبسطة السلم وأدوات النظافة وأجهزة الإضاءة ومضخات إطفاء الحريق وصندوق البريد واللافتة وغير ذلك من المنقولات المملوكة لصاحب البناء والتي يضمها فيه على سبيل الثبات والاستقرار لخدمته . يعتبر عقاراً بالتخصيص^(٢) . أما الأثاث والمفروشات وغير ذلك من المنقولات المعدة للاستعمال الشخصي فلا تعتبر عقاراً بالتخصيص . وإنما هي منقول بطبيعته^(٣) . وهذا بخلاف أثاث الفنادق والبنسيونات ومفروشاتها . فإنها تعتبر عقاراً بالتخصيص لأنها غير مرصودة للخدمة صاحب الفندق أو البنسيون . بل هي مخصصة للاستغلال التجاري وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٤) . وإذا كانت المباني محالاً للعبادة . كالمساجد والكنائس ، فما وضع فيها من منقولات خصص للعبادة أي للخدمة المسجد أو الكنيسة يكون عقاراً بالتخصيص

(١) ديمولوب ٩ فقرة ٢٨٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٣٠ - بودري وشولمو

فقرة ٨٤ .

(٢) أما الأبواب والشبابيك والأقفال والمساعد والأروار والأدوات الصحية ، فقد رأينا أنها هي وغيرها تعتبر عقاراً بطبيعتها لا عقاراً بالتخصيص (انظر آتفا فقرة ١١) .

(٣) كولان وكابيتان ودو لامورانددير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٤ .

(٤) انظر آتفا فقرة ١٨ .

مادام مملوكا لمن أنشأ عمل العبادة ، ويكون في حالة المسجد موقوفا مثله .
فيكون عقاراً بالتخصيص منبر المسجد وكرسى القارئ والسجادة . والأبسطه
والحصر ، كما يكون عقاراً بالتخصيص نوافيس الكنيسة والأرغن والمقاعد
الخشبية وألواح التصوير (١) .

وقد يوضع المنقول في العقار لتزيينه ، وقد رأينا أن التقنين المدني الفرنسي
(م ٥٢٥) يشترط في هذه الحالة أن يكون المنقول ملصقاً بالعقار بالحبس
أو بالجير أو بالإسمت (٢) حتى يكون من موضوعاً على سبيل الدوام (à perpétuelle
demeure) ، وذلك فيما عدا التماثيل . أما التقنين المدني المصري فلم يرد
فيه لا شرط الإلصاق ولا شرط الوضع على سبيل الدوام ، ومن ثم يكون
حكم المنقول المعد لتزيين العقار هو حكم المنقول المرصود لتحلته . فما وضع
في المباني لتزيينها ، كالمرايا وألواح التصوير والتماثيل ، مادامت مملوكة لصاحب
المبنى وموضوعة فيه على سبيل الثبات والاستقرار ، وليس ضرورياً أن
يكون على سبيل الدوام ، يكون عقاراً بالتخصيص ، دون حاجة لأن يلصق
بالمبنى كما يشترط التقنين المدني الفرنسي (٣) .

وقد رأينا مما تقدم أن المنقول قد يوضع في عقار لتحلته أو لتزيينه ،
فيعتبر عقاراً بالتخصيص . والمفروض في ذلك ، كما قدمنا ، أن مالك العقار
هو الذى يستعمل العقار بنفسه . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يضع مالك
العقار المنقول الذى يملكه لتحلته العقار أو لتزيينه على الوجه الذى قدمناه ،
وبدلاً من أن يستعمل العقار بنفسه يستغله بأن يؤجره مثلاً للغير . ففي هذه
الحالة يبقى المنقول عقاراً بالتخصيص ، ويكون تخصيصه هنا لا للخدمة أو
التزيين ، ولكن لما تمكن تسميته بالاستغلال المدني (٤) (exploitation civile) ،
وهو يقابل الاستغلال الزراعى أو الصناعى أو التجارى فيما قدمناه .

(١) بودرى وشوفو فقرة ٨٣ - پلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٨ ص ٩٠ -
پلانويول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥٦ - أنسكلويدى دالوز و لفظ Bâties فقرة ٢٧٣ .
(٢) انظر أيضاً فقرة ١٢ .
(٣) عكس ذلك استئناف غنط ٣٤ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠ .
(٤) پلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٨٤ و فقرة ٩١ ص ٩٥ .

§ ٢ - الآثار التي تترتب على التخصيص

٢٠ - **ضرورة المنقول بالطبيعة عقاراً حكماً** : قلنا أنه إذا وضع منقول في عقار لخدمته أو لاستغلاله واتحد المالك ، فإن المنقول يصبح عقاراً بالتخصيص . ومعنى ذلك أن المنقول ، وإن ظل محتفظاً بطبيعته كمنقول ، يصير في حكم العقار ، فهو منقول طبيعة . عقار حكماً . وصيرورته عقاراً حكماً إنما يكون عن طريق افتراض قانوني (fiction légale) ، ويريد القانون من إضفاء صفة العقار على المنقول أن يجعل هذا المنقول جزءاً من العقار لا ينفصل عنه ، ومن ثم يأخذ حكم العقار عن طريق افتراض أنه هو نفسه عقار . والغرض من جعل المنقول غير قابل للانفصال عن العقار توقي ما ينجم من ضرر عن هذا الانفصال : فالمنقول قد ألحق بالعقار على سبيل الثبات والاستقرار لخدمته أو لاستغلاله . فلو أمكن فصله عنه بالحجز عليه مثلاً مستقلاً حيز منقول . عاد ذلك بالضرر على العقار إذ يفقد عنصري هاما من عناصر خدمته أو استغلاله . أما إذا اعتبر المنقول عقاراً حكماً غير قابل للانفصال عن العقار الأصلي . فإنه لا يمكن الحجز على المنقول مستقلاً وفصله عن العقار بهذا الحجز ، بل يجب الحجز على العقار الأصلي والمنقول معاً باعتبارهما وحدة لا تتجزأ ، ويكون الحجز حيز عقار لا حيز منقول ، وبذلك لا ينفصل المنقول عن العقار ويبقى دائماً معه لخدمته أو لاستغلاله .

ويترتب على اعتبار المنقول بطبيعته عقاراً حكماً أن هذا المنقول يبقى مشاركاً للمنقول في طبيعته مخالفاً له في حكمه . ويصبح في الوقت ذاته مشاركاً للعقار في حكمه مخالفاً له في طبيعته . فهو يتميز عن المنقول في الحكم ، ويشبه عن العقار في الطبيعة . ومن ثم وجبت متارنته بكل من المنقول والعقار تسمى أين يختلف مع كل منهما .

٢١ - الفروق بين العقار بالتخصيص والمنقول بطبيعة : بمجرد أن

يلحق منقول بعقار ويصبح عقاراً بالتخصيص ، فإن هذا المنقول تسمى عليه بوجه عام أحكام العقار ، ومن ثم تقوم فروق كثيرة بين حالته بعد أن أصبح عقاراً بالتخصيص وحالته عندما كان منقولاً مستقلاً . وقد كان التقنين المدني

السابق لا يذكر من هذه الفروق إلا الحجز ، فكانت المادة ١٨/٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « إلا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لماقى كانت ملكاً لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتا إذا كانت ملكاً لملك تلك المعامل ، تعتبر أموالاً ثابتة بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به » . وقد كان قصر النص لأثر العقار بالتخصيص على حالة الحجز منتهكاً في عهد التقنين المدني السابق ، وكان ميل الفقه والقضاء إلى التوسع في النص وقياس حالات أخرى على حالة الحجز . وأكد التقنين المدني الجديد هذا الاتجاه ، فأغفل النص على قصر الأثر على الحجز حتى تكون آثار العقار بالتخصيص أوسع نطاقاً^(١) .

فالتائج التي ترتب على فكرة العقار بالتخصيص تشمل إذن الحجز وغيره ، وهي بعينها الفروق التي توجد بين العقار بالتخصيص والمنقول بطبيعته ، ونذكر من هذه الفروق ما يأتي :

١ - عندما يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص . فإنه يأخذ حكم العقار لا حكم المنقول في صدد الحجز . فلا يجوز أولاً الحجز على العقار بالتخصيص مستقلاً عن العقار الأصلي ، حتى لا يفصل عنه كما قدمنا . وإذا وقع الحجز فإنه يوقع على العقار الأصلي والعقار بالتخصيص معاً باعتبارهما عقاراً واحداً لا يتجزأ . ويكون الحجز بطبيعة الحال حجز عقار لا حجز منقول . والذي يوقع الحجز هو دائن المالك ، والمفروض أن مالك العقار الأصلي هو نفس مالك العقار بالتخصيص . ولولا فكرة العقار بالتخصيص لكان من مصاحبة الدائن ، إذا كانت قيمة العقار بالتخصيص تغطي حقه ، أن يقصر الحجز على هذا العقار الذي هو في حقيقته منقول . ولكن يلجأ في ذلك إلى إجراءات حجز المنقول وهي أسرع وأقل تعقيداً وكلفة من إجراءات حجز العقار ،

(١) انظر المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التفسيرية ص ٦٧-٦٨ ولما تقدم بعض مستشاري محكمة النقض إلى لجنة مجلس الشيوخ باقتراح يرس إلى إعادة النص الذي يقصر أثر العقار بالتخصيص على حالة الحجز رفضت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح . لأن التسليم بفكرة العقار بالتخصيص لا يستقيم مع قصر نطاق آثار هذه الفكرة على طائفة من النتائج دون طائفة أخرى . ونتائج التخصيص قد تظهر في البيع والقسمة والوصية ، ولذلك أثرت اللجنة أن تبني النص على حاله حتى يكون نطاق هذه النتائج أشمل من نطاقها الحال . (انظر أيضاً فقرة ٤ في الهامش) .

ولكان يتجمل عن ذلك أن يباع هذا المنقول مستقلاً عن العقار الأصلي فينقل عنه . وهذا ما أراد القانون توقيه عن طريق إضفاء صفة العقار على المنقول وجعله جزءاً لا يتجزأ من العقار الأصلي ، فيوجب الحجز عليهما معاً حجزاً عقاراً ، ويمتنع بذلك انفصال المنقول عن العقار^(١) .

٢ - إذا أصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، ورهن العقار الأصلي رهناً رهنياً أو أخذ عليه حق اختصاص ، فإن الرهن الرسمي أوجب الاختصاص يمتد ليشمل العقار بالتخصيص حتى لا يفصل هذا عن العقار الأصلي . ولولم تضاف على المنقول صفة العقار بالتخصيص وبقي منقولا على طبيعته ، لما جاز أن يمتد إليه الرهن الرسمي أو الاختصاص لأن أياً من هذين لا يقع إلا على عقار ، ولا يفصل المنقول عن العقار الأصلي عند التنفيذ على هذا العقار . وهذا هو ما أكدته المادة ١٠٣٦ مدني تطبيقاً لفكرة العقار بالتخصيص ، إذ نصت على ما يأتي : « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والمقاربات بالتخصيص والتحسينات والإشاعات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك .. » .

٣ - ويمكن القول بوجه عام إنه إذا أصبح المنقول عقاراً بالتخصيص فإنه يصبح غير قابل للانفصال عن العقار الأصلي ، بحيث لو وقع تعامل على العقار الأصلي لتناول هذا التعامل العقار بالتخصيص مع العقار الأصلي في وقت واحد . ولو أن العقار بالتخصيص ظل منقولا على طبيعته ، ووقع تعامل على العقار الأصلي ، لاقتصر التعامل على هذا العقار وحده ، ولا يفصل عنه المنقول . فإذا بيع العقار الأصلي ، شمل البيع العقار بالتخصيص حتى لا يفصل هذا عن ذلك . وتقول المادة ٤٣٣ مدني في هذا الصدد : « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أُلحق بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين »^(٢) . وإذا

(١) بوددي وشوفو لقطة ٩٦ ص ٨٧ وقطة ٥٨ - بلانويل وبيكار وقطة ٣٧٦ والمبرة في معرفة ما إذا كان المال عقاراً بالتخصيص بوقت الحجز (استئناف غلط ٢٨

نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٢٢) .

(٢) بوددي وشوفو لقطة ٩٦ ص ٨٧ .

كان هناك ملاك على الشيوع يملكون مع العقار الأصل الشائع أموالاً أخرى كلها شائعة بينهم . وقد وضخوا في العقار منقولاً وصلوه على خدمته أو استغلاله فجميع عقاراً بالتخصيص ، واقتسموا بعد ذلك الأموال الشائعة ووقع العقار في نصيب أحدهم ، فإن العقار بالتخصيص يتبع العقار الأصل ويقعان جميعاً في نصيب هذا الشريك حتى لا ينفصل العقار بالتخصيص عن العقار الأصل^(١) . وإذا أوصى شخص بمنقولاته لشخص آخر ، فلا تشمل هذه المنقولات الموصى بها العقار بالتخصيص المرصود لخدمة عقار أصل أو استغلاله ، حتى لا ينفصل هذا العقار بالتخصيص عن العقار الأصل^(٢) . ويمكن القول أيضاً بأنه إذا رتب حق انتفاع على العقار الأصل أو أوجر هذا العقار ، شمل كل من حق الانتفاع والإيجار مع العقار الأصل العقار بالتخصيص ، حتى لا ينفصل الثاني عن الأول^(٣) .

٤ - إذا انتقلت ملكية العقار الأصل وكان ملحقاً به عقار بالتخصيص ، فإن العقار بالتخصيص وحقيقته منقول بعامل معاملة العقار في رسوم التسجيل ، ويلحق من جراء ذلك غبن بمن يتعامل في العقار بالتخصيص^(٤) . وهنا جاوز القانون ، بإضافة صفة العقار على المنقول ، الغرض الذي استهدفه ، وألحق بالتعاملين غبناً لم يكن مقصوداً بهذه الصفة الافتراضية المحضة التي أضفاها على المنقول ، وهذا الحكم من أهم الملتزم على فكرة العقار بالتخصيص . وتحاييل الناس عادة لتوق هذا الغبن ، فيبيع المالك للمشتري أولاً العقار بالتخصيص مستقلاً باعتباره منقولاً بطبيعته ، ثم يبيعه العقار الأصل منفصلاً عن العقار بالتخصيص^(٥) .

٢٢ - الفروق بين العقار بالتخصيص والعقار بطبيعته على أن العقار

- (١) پلانيول وديير ويكار ٣ فقرة ٧٦ .
- (٢) بودري وشوفو فقرة ٥٨ - پلانيول وديير ويكار ٣ فقرة ٧٦ .
- (٣) حسن كيرة فقرة ٢٩ من ٩٤ .
- (٤) پلانيول وديير ويكار ٣ فقرة ٧٨ من ٨٠ .
- (٥) ولكن إذا كشف القاضي التحاييل رده ، وأعتبر البيعين صفقة واحدة ونسب كل عقار انظر في هذه المسألة بودري وشوفو فقرة ٥٠ من ٤٧ - من ٤٨ من ٤٨ حاشي ١ - أوبريه وود ٢ فقرة ١٦٤ من ٣١ حاشي ٧٥ .

بالتخصيص ، إذا اعتبر عقاراً حكماً قطعت عليه بوجه عام أحكام العقار على النحو الذي بيناه فيما تقدم ، لا يزال في طبيعته متولاً ولم يفقد هذه الطبيعة من جراء اعتباره عقاراً بالتخصيص . ومن ثم يختلف عن العقار بطبيعته من وجوه ، أهمها ما يأتي :

١ - يصبح المنقول عقاراً بطبيعته إذا أدمج إدماجاً مادياً في عقار أصل بطبيعته ، ويستوى في ذلك أن يكون من قام بعملية الإدماج المادى (incorpo- ration) هو المالك للعقار الأصلي أو غير المالك كالمستأجر وصاحب حق الانتفاع . أما إذا لم يدمج المنقول إدماجاً مادياً في العقار الأصلي واقتص على جعله عتاراً بالتخصيص ، فإنه من الضروري أن يكون من قام بعملية التخصيص هو نفس مالك العقار الأصلي . إذ يشترط في العقار بالتخصيص اتحاد المالك ولا يشترط ذلك في العقار بطبيعته . يضاف إلى ذلك أن المنقول إذا أصبح عتاراً بطبيعته عن طريق الإدماج المادى ، فإنه يصبح ملكاً لصاحب الأرض طبقاً لقواعد الالتصاق ، أما في العقار بالتخصيص فلا تطبق قواعد الاختصاص ولستنا في حاجة إلى تطبيقها إذ المفروض أن مالك العقار الأصلي هو مالك العقار بالتخصيص^(١) .

٢ - إذا أصبح المنقول عقاراً بطبيعته عن طريق الإدماج المادى ، فإنه يفقد ذاتيته . وإذا كان بائع هذا المنقول لم يقبض ثمنه فأصبح له عليه حق امتياز بائع المنقول ، فإن حق الامتياز هذا يزول بفقد المنقول لذاتيته وصورته عقاراً بطبيعته . أما إذا لم يدمج المنقول إدماجاً مادياً في العقار واقتص على جعله عقاراً بالتخصيص ، فإنه لا يفقد ذاتيته كمنقول ، ويبقى البائع محظوظاً بحق امتيازته عليه . وتقول الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ ملغى في هذا الصدد : « ما يستحق بائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محظوظاً بذاتيته . وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية »^(٢) .

(١) بودرى وشولو فقرة ٩٤ - فقرة ٩٥ .

(٢) انظر بلانجيل وديجير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ - بلانجيل وديجير وديلانجيه ١ فقرة

٢٦٥ ص ٨٧١ - كولان وكاهجان وصي لامورالديير ١ فقرة ٩٢٤ ص ٧٤٠ .

وقد قلنا^(١) أن صاحب العقار الأصلي إذا رهنه رهنا رسميا ، امتنع
 الرهن إلى ما يوجد بالعقار الأصلي من عقار بالتخصيص . فإذا فرضنا أن صاحب
 العقار الأصلي اشترى متقولا ولم يدفع ثمنه ، ورصد له لحقة العقار أو لاستغلاله
 فأصبح عقاراً بالتخصيص ، فإن بائع المتقول يظل محتفظا بحق امتيازهِ كما تقدم
 القول . فإذا رهن المالك العقار بعد ذلك رهنا رسميا ، فإن هذا الرهن يمتد إلى
 العقار بالتخصيص كما قلنا ، ومن ثم يقوم حقان متعارضان على هذا العقار
 بالتخصيص : حق امتياز بائع المتقول وحق الدائن المرتهن رهنا رسميا . ويبدو
 أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدني سابقة الذكر
 « وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية » ، تسوغ القول بأن
 حق الدائن المرتهن رهنا رسميا لا يخضع لحق امتياز بائع المتقول ، مادام هذا
 الدائن حسن النية أي لا يعلم بوجود امتياز البائع . والرهن الرسمي ، في الفرض
 الذي نحن بصدده ، تال ليبيح المتقول . فإذا كان الدائن المرتهن وقت الرهن
 لا يعلم بوجود امتياز البائع ، فإن حقه يتقدم على حق البائع ، وإلا فإن حق
 البائع هو الذي يتقدم لأن الدائن لا يكون حسن النية . أما إذا كان الرهن
 الرسمي سابقا على بيع المتقول ، فإن الدائن المرتهن يكون غالبا حسن النية
 إذ قل أن يعلم بوجود امتياز البائع وقت وضع المتقول في العقار فليست هناك
 وسيلة لشهر الامتياز على المتقول ، ومن ثم يتقدم حقه على حق امتياز البائع .
 فإذا أثبت البائع أن الدائن المرتهن كان يعلم وقت وضع المتقول في العقار
 بوجود امتياز البائع ، بأن يكون البائع مثلا قد أخطر الدائن المرتهن بوجود
 حق الامتياز ، فإن الدائن المرتهن لا يكون حسن النية ، ويتقدم عليه بائع
 المتقول^(٢)

٣- إذا تزمت ملكية العقار الأصلي للمنفعة العامة ، فإن تازع الملكية
 يعرض المزوع ملكيته عن العقار الأصلي وكل ما أدمج فيه إندراجا ماديا من
 عقار بطبيعته . أما العقار بالتخصيص فإنه يفصل عن العقار الأصلي ويترك
 لصاحبه عينا بدلا من تعويضه عنه ، ما لم يكن فصل هذا العقار بالتخصيص

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١ .

(٢) انظر في هذه المسألة حين كيرة فقرة ٢٩ من ٩٤ - من ٩٧ والمراجع في آخرها

ينقص من قيمته انتقاصا محسوما فعند ذلك يأخذه نازع الملكية ويعوض عنه المالك^(١).

٤ - ويمكن القول أيضاً إن العقار بالتخصيص ، باعتبار أنه لم يفقد ذاته كمنقول ، يجوز أن يكون محلاً لجريمة السرقة . أما العقار بطبيعته فلا تتصور سرقة ، إلا إذا نزع جزء منه فأصبح هذا الجزء منقولا ، وعند ذلك يجوز أن يكون محلاً للسرقة^(٢).

٢٣ - متى ينتهي التخصيص فتعود للعقار بالتخصيص صفة الأصلية

كقول بطيعة : قدمنا^(٣) أن التخصيص لا تكفي فيه إرادة المالك وحدها ، بل يجب فوق ذلك التخصيص الفعلي لخدمة العقار أو استغلاله . وقد كيفنا التخصيص تبعاً لذلك بأنه عمل مختلط ولكن عنصر العمل المادى فيه هو الغالب ، شأن التخصيص في ذلك شأن الامتلاء ، ومن ثم يمكن اعتباره تبعاً لعنصره الغالب واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً^(٤).

فالأصل إذن أن ينتهي التخصيص بانقطاع المنقول عن أن يكون مرصوداً لخدمة العقار أو لاستغلاله ، والعلامة المادية لذلك هو أن ينزع المالك المنقول من العقار ويخصمه لأغراض أخرى ، فزول بذلك التخصيص الفعلي وتزول معه إرادة المالك في التخصيص . وفي هذه الحالة الظاهرة تعود للمنقول صفة الأصلية ويرجع منقولا بطبيعته ، ما لم يخصص لخدمة عقار آخر فيصير عقاراً بالتخصيص مرة أخرى^(٥).

(١) بودرى وشوفر فقرة ٩٥ ص ٨٧ - پلانول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ ص ٨١ - پلانول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٤٥ .

(٢) پلانول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ ص ٨١ - پلانول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٤٥ ص ٨٧٢ .

(٣) انظر ألفا فقرة ١٥ .

(٤) انظر ألفا فقرة ١٥ في الخاضع .

(٥) وقد يكون الذى يفصل المنقول عن العقار هو غير المالك ، كما إذا باع المستأجر للأرض الموائى المرصدة لاستغلالها بغير إذن المالك . فإذا تسلم المشتري الموائى وكان حسن النية ، فإنه يمتلكها بالمباينة إذ تعود الموائى منقولا بطبيعته وتزول عنها صفة العقار بالتخصيص بفصلها عن العقار الأصل . وإلا كان يرجع على المستأجر بالضيان . أما إذا كان الذى اشترى الموائى هو المستأجر نفسه وقد اشترى من المالك ، ولكنه أبقاها مرصودة لاستغلال الأرض ، =

وليس من الضروري لانتهاه التخصيص الفصل المادى للمنتقل من العقار ، بل يكفي أن يتصرف المالك فى المنتقل مستقلاً . ، أو أن يتصرف فى العقار مستقلاً عن المنتقل . فإذا باع المالك الموائى المرصودة لاستغلال الأرض ، فإنه يكون بهذا التصرف قد فصل الموائى عن الأرض ، فتصبح الموائى منقولة بطبيعته ، ويكون البيع هنا بيع منقول لا بيع عقار بما يستتبع ذلك من نتائج قانونية ومنها عدم وجوب الشهر ، وكل ذلك قبل انتزاع الموائى عن الأرض وتسليمها للمشتري^(١) . ولكن هذا إما يكون فى العلاقة ما بين المالك والمشتري الموائى ، أما بالنسبة إلى الغير فيجب انتزاع الموائى من الأرض حتى يكون انقطاع التخصيص حجة عليه ، لأن انتزاع الموائى هو العلامة للمادية الظاهرة بالنسبة إلى الغير . فلو أن الأرض كانت مرهونة رهناً رسمياً ورصدت الموائى بعد الرهن لاستغلال الأرض ، فإنها تصبح عقاراً بالتخصيص وتصبح مرهونة كالأرض . فإذا باعها المالك دون أن ينزعها من الأرض ، فلا يحتاج بذلك على الدائن المرتهن ، ويستطيع هذا أن ينفذ على الأرض والموائى جميعاً باعتبارها مرهونة له . أما إذا انتزعت الموائى من الأرض وسلمت للمشتري ، فإن انقطاع صفة العقار عن الموائى يصير حجة على الدائن المرتهن ولا يكون له أن ينفذ على الموائى باعتبارها مرهونة له ، وذلك سواء كان المشتري يعلم بالرهن أو لا يعلم به^(٢) . ولهذا بخلاف ما إذا كانت الموائى قد رصدت لاستغلال الأرض قبل الرهن ، فإن انتزاعها من الأرض وتسليمها للمشتري لا يكون حجة على الدائن المرتهن إلا إذا كان المشتري حسن النية أى لا يعلم بوجود الرهن ، فعند ذلك يستطيع

« فإنها تعود منقولة بطبيعته بالرغم من رصدها لاستغلال الأرض ، إذ يحتل هذا شرط اتحاد المالك فقد أصبح مالك الموائى غير مالك الأرض . على أنه إذا وجد دائن مرتهن للأرض ، فإنه يحق له أن ينفذ على الأرض والموائى معاً باعتبارها مرهونة له ، ولا يستطيع المستأجر التمسك بميازته للموائى ولو كان حسن النية ، إذ أن حيازته غافضة فهو لم يفصل الموائى عن الأرض بل أبقاها منصوصة لاستغلالها . انظر حسن كبرى فقرة ٣٥ ص ٩٩ - ص ١٠٠ .

(١) بودوى وشوقر فقرة ٩٢ - وقرب كاربونيه ص ٧٤ .

(٢) وذلك لأن الدائن المرتهن لم يمكن بحسب وقت الرهن على الموائى ، إذ هي لم تخصص لاستغلال الأرض إلا بعد الرهن .

المشتري أن يتمسك بالحيازة فيها يتعلق بالرهن وتخلص له ملكية المواشى خالية من الرهن^(١). ويكون للدائن المرتهن في هذه الحالة المطالبة بإسقاط الأجل^(٢) إذا كان المدين قد أنقص التأمينات إنقاصاً كبيراً ، وقد نصت المادة ١٠٤٧ مدني في هذا الصدد على أن « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، والدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تفصيل يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يازم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك » . ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨ مدني على أنه « إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً » .

وإذا باع المالك الأرض واستبقى المواشى مشروطاً بعدم دخولها في البيع ، فإن المواشى تصبح معقولة بطبيعته لا تقطعها عن أن تكون مرصودة لاستغلال الأرض ، وذلك في العلاقة ما بين المالك ومشتري الأرض فلا يجوز لهذا الأخير المطالبة بالمواشى باعتبارها عقاراً بالتخصيص بعد أن زالت عنها هذه الصفة . أما بالنسبة إلى الغير كالدائن المرتهن ، فإنه يجب التمييز هنا أيضاً بين ما إذا كان تخصيص المواشى لاستغلال الأرض تالياً للرهن فلا يكون للدائن المرتهن حق على المواشى إذ هو لم يعتمد عليها وقت الرهن وتبقى الأرض وحدها مرهونة في يد المشتري ، وبين ما إذا كان تخصيص المواشى لاستغلال الأرض سابقاً على الرهن فيكون للدائن المرتهن قد اعتمد عليها ومن حقه

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا المص : « إذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته ، كما إذا باع مواشى كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة فوقعت في حيازة مشتر حسن النية ، ملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، ويكون للدائن حق الرجوع على الراهن بالنقصان - أما إذا لم يسلمها المشتري ، أو تسلمها وهو سوء النية ، فإنها تبقى مثقلة بمسئلة الرهن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩) . هذا يكون للدائن المرتهن ، فيما إذا تسلم المشتري حسن النية للمواشى ، أن يجبر على الأمن تحت يد المشتري ، وأن يستصل حقه في التقدم على هذا المثل (شمس الدين الوكيل في نظرية التأمينات طبع ثانية فقرة ٨٢ ص ٢٦٢) .

(٢) بيدان وثواران فقرة ٣٥٤ ص ٢٦٤ - شمس الدين الوكيل في نظرية التأمينات طبع ثانية فقرة ٨٢ ص ٢٦٠ .

أن يفقد عليها مع الأرض ، ولا يكون. فصل المواشي عن الأرض حجة عليه إلا إذا انتقلت المواشي إلى حائز حسن النية فتخلص له ملكيتها بخالية من الرهن ، ويرجع الدائن المرتهن في هذه الحالة على المدين بالضمان^(١) .

ومن ذلك نرى أن فكرة العقار بالتخصيص ، أى إخفاء صفة العقار على منقول بطبيعته عن طريق الافتراض القانوني ، فكرة قلقة غير مستقرة . فالمنقول يصير عقاراً بالتخصيص ثم يعود منقولاً ثم يصبح عقاراً بالتخصيص في ظروف شتى ، وهكذا تثبت هذه الصفة ثم تزول ثم تعود ، وتضيق بين ثبوتها وزوالها وعودتها فكرة العقار ، وهى فكرة تفيد الثبات والاستقرار .

٢٤ - أمثلة مستفناة عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية :

وقد دعا ذلك، بعض الفقهاء إلى استنكار تغير طبيعة المنقول فيصبح عقاراً عن طريق افتراض قانوني محض يتعارض مع طبيعة الأشياء ، وما ينشأ عن ذلك من صعوبات كثيرة . ويقول پلانيول وريبير وبيكار في هذا الـ مد : « إن فكرة العقار بالتخصيص ، وهى مصدر لصعوبات مستمرة ، قد تكون ، من بين خلق القانون الحديث ، هى أبعد الأفكار فى انعدام جدواها »^(٢) .

ولم تكن هذه الفكرة معروفة فى القانون الرومانى على نحو ما عرفت به فى القانون الحديث ، وكان الرومان يشيرون إليها ، لا عند تقسيم الأموال إلى عقار ومنقول ، بل عند تحديد ما يدخل فى المبيع أو الموصى به من أنواع فى بيع المنازل والأراضى أو فى الوصية بها . والذى كانوا يقصدون إليه من ذلك ليس هو إخفاء صفة العقار على المنقول ، بل تحديد ما يقع المبيع أو الموصى به من ملحقات ليشملها البيع أو الوصية^(٣) . وانتقلت الفكرة إلى القانون الفرنسى القديم ، فى العادات الفرنسية القديمة ، محورة ، حيث اعتبر عقاراً المنقول المرصود لخدمة العقار أو لاستغلاله . ولكنها بدأت محصورة

(١) وإذا انتزع أجنبى المواشى عن الأرض فقدت صفتها كمقار بالتخصيص ، حتى إذا ما أمادها صاحبا إلى الأرض رجعت كما كانت عقاراً بالتخصيص (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠) .

(٢) پلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٧٧ - وانظر كابرونييه ص ٧١ .

(٣) پلانيول وريبير وبيكار ٢ ققرة ٧٥ ص ٧٨ - وانظر أيضاً بودرى وشوفو ققرة ٨٦ ص ٥٤ .

في جزئيات تفصيلية ، وأعلنت ثم شيئاً فشيئاً ولكن دون أن تنهى إلى قاعدة عامة ، حتى أن هوتييه نى على القانون الفرنسى القديم في هذه المسألة انعدام التنسيق وعدم وضع قاعدة عامة تجعل عقاراً المنقولات المرصودة لحصة الزرارة^(١) . ومع ذلك فإن القانون الفرنسى القديم كان يقسم الأموال إلى عتار ومنقول ، وكان يجعل العتار بالتخصيص عقاراً كالعقار بطبيعته دون تمييز بينهما ، فلم يكن يقسم العقار إلى عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص ، وكان هوتييه يعدد أجزاء العقار وفيها عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص مختلطة بعضها ببعض ، دون أن يميز بين هذا أو ذلك .

والذى ميز في العقار بين العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص هو التفتين المدنى الفرنسى ، فقد أفرد للعقار بالتخصيص أكثر من نص ، ويجعل له اسم « العتار بالتخصيص » . ولما كان ينقل عن هوتييه ، وكان هوتييه كما قلنا يورد العقار بالتخصيص إلى جانب العقار بطبيعته دون تمييز بينهما ، فقد أوقع ذلك واضعى التفتين المدنى الفرنسى في الخطأ حيث اعتبروا ما هو عقار بطبيعته في بعض الحالات عقاراً بالتخصيص ، كما فعلوا في المادة ٥٢٥ مدنى فرنسى^(٢) .

ويذهب كثير من الفقهاء المحدثين إلى أنه كان في الإمكان الاستغناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية ، وبدلاً من إضفاء صفة العقار على المنقول يبقى المنقول على طبيعته ويعتبر تابعاً للعقار الذى رصد المنقول لخدمته أو لاستغلاله ، فلا يجوز الفصل بينهما ماداماً مملوكين لمالك واحد إلا بإرادة هذا المالك^(٣) .

(١) هوتييه في نظام الاشتراك في الأموال في الزواج (régime de communauté) فقرة ٤٤ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ٥٦ ص ٥٤ - ص ٥٥ - بلانويول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥ .

(٢) آثار بلانويول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥ ص ٧٩ .

(٣) جوسران ١ فقرة ١٣٥٢ - بلانويول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧ - بلانويول وديبير وبرلانجه ١ فقرة ٢٦٤٤ - مارف ودينو فقرة ٣١٥ - دى باج وديكوز ٥ فقرة ٦٤٧ - شغيق شحاته فقرة ٤٥ - إسحاق غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٢ - وقارن كولان وكايتان ودى لا وولنديير ١ فقرة ٩٢٣ - حسن كيرة فقرة ٢٧ . وتأخذ بعض التفتينات الحديثة صراحة بفكرة التبعية ، كالتفتين المدنى الألمانى والتفتين المدنى السويسرى والتفتين المدنى الإيطالى .

وتفضل فكرة التبعية فكرة العتار بالتخصيص في أنها أولاً لا تتعارض مع طبيعة الأشياء فتجعل من المنقول بطبيعته عقاراً ، وفي أنها ثانياً تستقي من النتائج العملية لفكرة العقار بالتخصيص ما هو حق وتستبعد منها ما هو غير حق . ولتوضيح هذه النقطة الأخيرة ، نذكر أن أهم النتائج العملية لفكرة العقار بالتخصيص مسائل أربع^(١) . وأولى هذه المسائل هي أنه لا يجوز الحجز على العقار بالتخصيص مستقلاً عن العقار الأصلي . بل يجب توقيع الحجز على العقار الأصلي والعقار بالتخصيص ، ويكون الحجز حجز عقار لا حجز منقول . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق فكرة التبعية دون حاجة إلى فكرة العقار بالتخصيص ، فيقال إن المنقول قد أصبح تابعاً للعقار تبعية لا تجز الفصل فيما بينهما ، ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الحجز على أحدهما دون الحجز على الآخر ، فإذا ما حجز عليهما معاً تطلبت صفة الأصل على صفة التبعية وكان الحجز حجز عقار لا حجز منقول . والمسألة الثانية أن الرهن الرسمي (وحتى الاختصاص) يمتد ليشمل العقار بالتخصيص . وظاهر أن هذه النتيجة يمكن الوصول إليها في كثير من اليسر عن طريق فكرة التبعية دون حاجة إلى فكرة العقار بالتخصيص ، فيقال إن الرهن الرسمي يشمل ملحقات العقار المرهون ومنها المنقولات التي رصدت لحزمة هذا العقار واستغلاله ، دون أن تتغير طبيعة هذه المنقولات فتصبح عقاراً . والمسألة الثالثة أن العقار بالتخصيص يتبع العقار الأصلي عند التعامل في هذا العقار بالبيع أو القسمة أو الوصية أو غير ذلك . وهنا أيضاً يمكن في كثير من اليسر الاستغناء عن فكرة العتار بالتخصيص بفكرة التبعية ، فيقال إن المنقولات التي رصدت لحزمة عقار أو لاستغلاله تتبع هذا العقار عند التعامل فيه ، دون أن تتغير طبيعة المنقول فتصبح عقاراً . هذه المسائل الثلاث هي النتائج الحقة من فكرة العتار بالتخصيص ، وقد رأينا أنه يمكن فيها الاستغناء عن فكرة العتار بالتخصيص بفكرة التبعية . بقيت المسألة الرابعة ، وهي مسألة قبول رسوم التسجيل العقار بالتخصيص ، فقد رأينا هنا أنه قد دفع الافتراض القانوني إلى حد غير مقصود . فهذه النتيجة من نتائج فكرة العقار بالتخصيص

تليج غير حقة ، ويمكن نوبها بإحلال فكرة التبعية محل فكرة العقار بالتخصيص . ففكرة التبعية لا تقتضي تغيير طبيعة المنقول كما قلنا ، فيبقى المنقول المرصود لخدمة العقار أو استغلاله منقولاً على طبيعته ، وإذا انتقلت ملكيته مع العقار الأصلي بى منقولاً ، ولم تشمل رسوم تسجيل العقار .

ويقول أنصار فكرة التبعية إنه ليس من الضروري أن يشارك المنقول التابع العقار المتبوع في صفته العقارية ، وإنه يستأخ أن يكون المنقول تابعاً للعقار مع بقاءه منقولاً على حاله . وهذا متحقق في الفرض المكس ، وهو ما إذا كان العقار هو التابع للمنقول ، فإنه يبقى محتفظاً بطبيعته كعقار ، ولا تغلب تبعيته للمنقول على طبيعته فتصير منقولاً . مثل ذلك أن تخصص عقار لخدمة متجر ، فيبقى عقاراً مع أنه تابع لمنقول وهو المتجر^(١) . ومثل ذلك أيضاً الرهن الرسمي فهو عقار لأنه حق عيني مرتب على عقار ، وهو مع ذلك تابع للدين المضمون بالرهن ، فهو إذن تابع لمنقول ولم تحل هذه التبعية بطبيعته إذ بقي على حاله عقاراً^(٢) .

المبحث الثاني

المنقول

٢٥ — المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المال : كما يعرف التقنين المدني

(١) نقض فرلبي ٢٠ يناير سنة ١٩١٢ سيرة ١٩٢٠ - ١ - ٣٣ .

(٢) بلانجيل وديريه ويكار ٣ بقرة ٧٧ - تحقيق شحاته بقرة ٤٥ .

هذا وإذا كان المنقول بحسب المال هو الذي يقابل العقار بالتخصيص ، من ناحية أن عقاراً بطبيعته اعتبر منقولاً حكماً في المنقول بحسب المال ، وأن منقولاً بطبيعته اعتبر عقاراً حكماً في العقار بالتخصيص ، ليس للمنقول بحسب المال ما يقابله من عقار بحسب المال ، ولا للعقار بالتخصيص ما يقابله من منقول بالتخصيص . أما أن المنقول بالتخصيص لا يوجد ، فذلك واضح مما تقدم من أن العقار قد يرصد لخدمة المنقول ومع ذلك لا يصبح منقولاً بالتخصيص . كذلك لا يوجد عقار بحسب المال ، فقد قضت محكمة النقض ، في طعن بيع حصة في ملكية طحين وروه ثمنها على أساس الثمن الذي اشترى به البائع الماكينة مع إضافة المصروفات التي استوفى لإقامة منى وملكيت الماكينة له ، بأن البيع هنا بيع منقول لا بيع عقار (بحسب المال) ، قضت الماكينة المشتري بمجرد العقد دون تسجيل (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١٠٢ ص ١٨٧ - اساهيل غانم في النظرية العامة الحق ص ١١٠) .

نوعين من العقار ، العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص ، كذلك يعرف نوعين من المنقول : المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المآل . والعقار بطبيعته يقابله المنقول بطبيعته ، أما العقار بالتخصيص فلا يقابله منقول بالتخصيص . ذلك أنه إذا رصد عقار خادمة منقول ، كالحرن الرسمى يؤمن ديناً . فقد قدمنا^(١) أن العقار يبقى محتفظاً بطبيعته كعقار . ولا تقلبه تبعيته للمنقول فهو منقول بالتخصيص . ولكن إذا كان لا يوجد منقول بالتخصيص يقابل العقار بالتخصيص . فقد ذكرنا^(٢) أن هناك في المنقول ما يقابل العقار بالتخصيص وهو المنقول بحسب المآل . فالعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته اعتبره القانون بسبب تخصيصه عقاراً كما سبق القول ، والمنقول بحسب المآل هو عقار بطبيعته اعتبره القانون بحسب مآله منقولاً إذ هو موثق أن يصبح منقولاً ، ولذلك سمى منقولاً بحسب المآل .

والأصل في المنقول — كالأصل في العقار — أن يكون منقولاً بطبيعته . وهناك حالات خاصة استثنائية يصبح فيها العقار بطبيعته منقولاً بحسب المآل كما سرى ، ويصبح فيها المنقول بطبيعته عقاراً بالتخصيص كما رأينا . فعدنا إذن نوعان من المنقول : المنقول بطبيعته وهو الأصل . والمنقول بحسب المآل وهو الاستثناء .

المطلب الأول

المنقول بطبيعته

(Meuble par nature)

٢٦ — تعريف المنقول بطبيعته : قدمنا^(٣) أن التقنين المدني لم يعرف المنقول بطبيعته تعريفاً مباشراً كما فعل في تعريف العقار : بل اقتصر على أن يقول في آخر الفقرة الأولى من المادة ٨٢ مدني : « كل ما ماله ذلك (أى ما عدا العقار) من شيء فهو منقول » . فكل ما ليس بعقاراً بطبيعته أو عقاراً

(١) انظر آتفا فقرة ٢٤ في آخرها .

(٢) انظر آتفا فقرة ٥ في آخرها وفقرة ٢٤ في آخرها في الهامش .

(٣) انظر آتفا فقرة ٥ .

بالتخصيص يكون منقولاً بطبيعته . وتعرفه المادة ٦٢ مدنى عراقى تعريفاً مباشراً بأنه « كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف ، فيشمل النقود ، والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة » . كما تعرفه المادة ٥٢٨ مدنى فرنسى على الوجه الآتى : « تكون منقولات بطبيعتها الأشياء التى يمكن أن تنتقل من مكان إلى آخر ، سواء لأنها تتحرك بذاتها كالحیوانات ، أو لأنها لا تستطيع تغيير مكانها إلا بتأثير قوة أجنبية كالأشياء غير الحية » .

فالمنقول بطبيعته هو إذن كل شيء يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف ، فهو بخلاف العقار بطبيعته غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه ، فالحيوانات كلها منقول ، وكذلك العروض ، والمكيلات والموزونات ، والمأكولات والمشروبات ، وأثاث المنزل ، والبضائع ، والكب والورق والأفلام ، والسيارات والمركبات ، والسفن والمراكب والطائرات ، وأكشاك الاستحمام القائمة من خشب دون أن يكون لها أساس ثابت فى الأرض ، وأكشاك الأسواق والمعارض ، وخيام البلبوالرحل وخيام الكشافة ، والأكشاك الخشبية والمباني التى تقام مدة الأعياد والمولد إذا لم تثبت فى الأرض (١) .

ولايمنع صفة المنقول أن يكون الشيء قد وضع فى مكان معين لا ينتقل منه ، مادام يمكن نقله إلى مكان آخر دون تلف إذا أريد ذلك . فالعبرة ليست إذن بانتقال الشيء فعلاً من مكان إلى آخر ، بل بإمكان انتقاله حتى لو كان ثابتاً فى مكان واحد . فالعوامات مثلاً منقول (٢) ، وهى عادة تستقر فى مكان لا تغادره ، ولكن يمكن نقلها إلى مكان آخر دون أن تتلف . والمعدنيات وهى مراكب صغيرة تنقل الناس من أحد شاطئى النهر إلى الشاطئ الآخر فى مكان معين من النهر لا تغيره عادة ، هى منقولات بطبيعتها لأنها تتحرك دون أن تتلف ، وإن كانت تلزم مكاناً معيناً . وفى بعض البلاد كفرنسا تقام الحمامات (bains) والمغاسل (lavoirs) والمطاحن (moulins) على ضفة النهر فوق المراكب ، دون أن يكون لها أساس ثابت بل تشد

(١) انظر ألفا فقرة ٦١ .

(٢) مصر مستعجل ٣٠ يولييه سنة ١٩٤٨ الحمامة ٢١ رقم ٥٧ ص ٩٩ .

عادة بحبال ، فهذه أيضاً تكون منقولة بطبيعته وإن كانت تلزم مكاناً ؛
معنى دون أن تتحرك ، لأنه يمكن تحريكها ونقلها إلى مكان آخر دون أن
تلف (١)

٢٧ - التيار الكهربائي والغاز ومواد البناء وأجزاء البناء المبردة :
والرأى السائد ، في مصر وفي فرنسا ، أن التيار الكهربائي والغاز ، متى أصبحا
مملوكين بسبب الاستحواز عليهما ، يعتبران من المنقولات بطبيعتها ، ويجوز
أن يكونا محلاً للسرقة (٢) . وهنا بخلاف الأمواج الكهربائية المولدة للراديو ،
فهي لا تصلح في حالتها الحاضرة للتملك (٣) .

ومواد البناء المتجمعة والمعدة لتشييد البناء تعتبر منقولة بطبيعتها مادامت
لم تشيد ، فإذا ما شيدت أصبحت عقاراً بطبيعتها . وفي أثناء التشييد ، ما شيد
منها يكون عقاراً ، وما لم يشيد يبقى منقولاً . وإذا تهدم جزء من البناء ،
سواء بقوة قاهرة أو بصنع صانع ، فإن الانقاص المتهمة تصبح منقولة ،
حتى لو كان المالك هو الذى قام بالهدم وقصد إعادة البناء وأحاده فعلاً . وتنص
المادة ٥٣٢ مدنى فرنسى صراحة على هذا الحكم فتقول : « الانقاص الناتجة
من هدم أحد الأبنية ، والمواد المتجمعة لتشييد بناء جديد ، تكون منقولة
إلى أن يستعملها في تشييد البناء (٤) . ولكن يلاحظ أن المالك قد يزرع جزءاً

(١) ديولوب ٩ فقرة ٣٩٧ - لوران ٥ فقرة ٤٩٨ - بودرى وشوفو فقرة ١٢١ -
أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ مكررة ص ٣٢ - ص ٣٤ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٠
ص ١٠٢ - پلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٧٦ .

(٢) نقض جنائ ٦ يناير سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والفساء ١ - ٢٠ - ٢٠ - نقض
فرنسى جنائ ٣ أغسطس سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٣٣٧ - ١٢ يولييه سنة ١٩٢٩
جازيت دى پاليه ١٩٤١ - ٢ - ٦٥ - إكس ١٢ يولييه سنة ١٩٣٧ جازيت دى پاليه ١٩٣٧ -
٢ - ٧٤٥ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٠ ص ١٠٢ - بيدان وغوران فقرة ١٤١ -
مهد على مرقه فقرة ٩٩ - حسن كيرة فقرة ٣٢ ص ١٠٣ .

(٣) Sundemont رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - Dugast رسالة من مونبلييه
سنة ١٩٣٠ - Casals رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤
مكررة ص ٣٢ - هاش ١ مكررة - پلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٧٨ .

(٤) انظر آتفا فقرة ١١ في الخامس .

تسجيل السفن التجارية ، وينص في مادته الأولى على أنه « لا يجوز لأي سفينة أن تسير في البحر تحت العلم المصري ، إلا إذا كانت مسجلة وفقاً لأحكام هذا القانون » . ثم تبين المواد التالية كيف يكون التسجيل ، فيجب على مالك السفينة أن يقدم طلباً لتسجيل سفينته يتضمن بيانات معينة أهمها بيان الرهن والحجوز التي وقعت على السفينة إن وجدت ، وتدون هذه البيانات في سجل خاص معد في مكاتب التسجيل يسمى « سجل السفن » ، وتسلم مصلحة النقل للمالك السفينة بعد تسجيلها شهادة تسجيل مصرية ، وبموجب هذه الشهادة يجوز تسير السفينة . ثم صدر القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ بشأن حقوق الامتياز والرهن البحرية . وقد أعد أخيراً مشروع نهائي للتقنين البحري ، جاء في المادة ٢ منه : « تعتبر السفينة منقولة تسرى عليه التواعد القانونية العامة والقواعد الواردة في هذا القانون » . وبالرغم من اعتبار السفينة منقولة إلا أنها أخضعت لنظام من التسجيل يشبه إلى حد بعيد نظام التسجيل في العقار ، بل ويزيد عليه في أنه تسجيل عيني باسم السفينة ذاتها لا تسجيل شخصي باسم مالك السفينة . وتنص المادة ٨ من هذا المشروع على أن « التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية على السفينة أو غيره من الحقوق العينية يجب أن تتم بورقة رسمية أو بمقتضى حكم نهائي . فإذا وقعت هذه التصرفات في بلد أجنبي وجب تحريرها أمام قنصل الجمهورية العربية المتحدة أو أمام الموظف المحلي المختص عند عدم وجوده . ولا تكون التصرفات والأحكام المذكورة نافذة بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، ما لم تشهر طبقاً للأوضاع المقررة في القانون » . وقد نظم الرهن البحري على غرار الرهن الرسمي الذي لا يكون إلا في العقار . وهنا أيضاً نجد السفينة تشارك العقار لا المنقول في خصائصه .

وقد صدر في شأن الطيارات وتنظيم الملاحة الجوية المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٥ ، تنص المادة الأولى منه على أن « للدولة كامل السيادة المطلقة على الفضاء الجوي الذي يعلو أراضيها ، وتشمل كلمة أراضي المياه الإقليمية » . وتنص المادة ٢ على أن « تنظم الملاحة الجوية بمراسيم » . وقضى المرسوم الصادر في ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ ، وهو يوم صدور المرسوم بقانون مالف الذكر ،

بأنه لا يجوز لأية طائرة أن تطير فوق الأراضي المصرية أو أن تهبط عليها دون أن تحصل مقدما على ترخيص بذلك من وزير المواصلات . ولا يوجد في مصر تشريع عام للطيران على غرار القانون الفرنسي الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ ، ولكن مصر ارتبطت باتفاقية شيكاغو المبرمة في ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ هـ فأصبحت أحكام هذه الاتفاقية سارية المفعول فيها ، ومن هذه الأحكام إخضاع الطائرات الخاصة لإجراء التسجيل في سجل خاص على النحو المقرر بالنسبة إلى السفن (١) .

ونرى مما تقدم أن السفن والطائرات ، وإن كان لا شك في أنها منقولات ، تخضع ، نظراً لأهميتها وإمكان إيجاد مقر ثابت لها تسجيل فيه ، لكثير من أحكام العقار (٢) ،

-
- (١) محمد علي عرفة فقرة ٩٦ ص ١١٤ - وانظر في اتفاقية شيكاغو الدولية ضياء الدين صالح : محاضرات في قانون الطيران على الآلة الكاتبة ص ٩٤ وما بعدها .
(٢) بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠١ ص ١٠٣ - بلانويول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٣٣٨١ - ٣٣٨٤ .

ويقول الأستاذ علي محمد البارودي في صدد المنقولات ذات الطبيعة الخاصة في بحثه السابق الإشارة إليه : « هذه المنقولات يسميها أنها لا تخضع لقاعدة الحياة في المنقول سند الملكية ، وهي القاعدة التي تطبق على سائر المنقولات . وقد كان المشرع الفرنسي أسبق من المشرع المصري في الاستناد من هذه الطبيعة الخاصة ، إذ سارع بتنظيم الرهن عليها دون نقل حيازة . فبدأ بالسفينة في ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٤ ، ثم الحال التجارية في أول مارس سنة ١٨٩٨ ، ثم المراكب النهرية في ٥ يولييه سنة ١٩١٧ ، فالطائرات في ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ ، والسيارات في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ، والأفلام السينمائية في قانون ١٢ يولييه سنة ١٩٤٤ . أما في القانون المصري ، فإن هناك طليين رئيسيين المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، هما السفينة التي لا تخضع لقاعدة الحياة والتي نظم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ رهنها على غرار الرهن الرسمي على العقار ، والحال التجاري وهو بدوره لا يخضع لقاعدة الحياة وقد نظم المشرع المصري بيده ورهنه بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ هـ (ص ٣٥ من البحث المشار إليه) . »

ثم يقول « وكه الطبيعة الخاصة ... التعيين الذاتي ، فهذه المنقولات تتميز بأنها تحصل في داخلها ، في كيانها ذاته ، دون حاجة إلى أي عنصر خارجي ، وسائل التعيين التي تكن تميزها عن غيرها من المنقولات صفة التعيين الذاتي تمهد للمشرع سبيل تنظيم شهر الحقوق العينية عليه بغض النظر من واقع الحياة . والحقوق العينية التي تقتضها هنا لا تقتصر على حق الملكية ، وإنما تمتد إلى الحقوق الأخرى أصلية أو تبعية ، كالانتفاع أو الرهن (وشهر الرهن يصفه خاصة بالغ الأهمية في العمل) ، إذ يستطيع المشرع أن يوجب قيد هذه الحقوق في سجل تين فيه عناصر التعيين التي تميز المنقول ، حتى تسرى على التبريد . ويشهد الشبه حينذاك بين نظام الشهر -

في العقار ونظامه في المتحولات المعينة ذاتيا . وهذا ما فعله المشرع المصري بالنسبة للمدينة ،
وبالنسبة لبلد البحارى (ص ٥٢ - ص ٦٠ من البحث المشار إليه) .
ويخرج الأستاذ البارودى من ذلك إلى انعقاد تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول ، ثم يقترح تسميتها
كمر كالمصنوع للثاني .

أما عن انعقاد تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول ، فهو يستلزم ما في فكرة العقار بالتخصيص
وفكرة للمنقول بحسب المال من تعارض مع أساس التقسيم . ففى العقار بالتخصيص نرى متغولا
يعبر عقارا ، وفى المنقول بحسب المال نرى على العكس من ذلك عقارا يعتبر متغولا . وحتى
فى العقار بطبيعته ، كالأبواب والشبابيك والنباتات ، يمكن نقل هذه العقارات دون تلف ، ويقول
فى هذا الصدد : « لسانى في حاجة إلى التخصيص فى فن التجارة لكن لذلك مدى السهولة التى يفصل
بها الباب أو النافذة عن البناء بدون تلف أو حتى شبة فى تلف . لنحن نعلم - فى غير زهد - أن
الأبواب والنوافذ لا تتصل بالبناء إلا عن طريق مفصلات تدور حولها هذه الأبواب والنوافذ فى
حركاتها بين التفتح والإغلاق ، وينتقل عنها جسم الباب أو النافذة إذا قمنا هذا الجسم قليلا
إلى أعلى .. أما النباتات ، فهى تنقل بالفعل بغير تلف . ولا تقتصر هذه الصفة على نباتات الماشات
الصغيرة ، بل إن غالبية الأشجار ، حتى النخلة منها ، لا تموت إذا اقتطعت من الأرض لفترة
معتدلة بحيث يمكن غرسها فى مكان آخر بدون تلف أو حتى شبة فى تلف .. ومن حسن الطالع أن
القضاء يحفظون ، ليقروا أن هذه النباتات والأبواب والشبابيك والنوافذ والميازيب تنقل كلها
عقارات بالطبيعة مادامت متصلة بالأرض أو بالبناء ، فإذا انفصلت عن أصلها أصبحت متقلبات .
هذا التحفظ ضرورى إلى أبعد حد ، ولولا ذلك لكان أن نرى فى الطريق نهارا أو مزارعا يحمل تحت
إيمته أو بين كتفيه عقارا بالطبيعة ، فلا يهوى بما يحمل » (ص ٨٧ - ص ٨٨ من البحث المشار إليه) .
أما التقسيم الآخر الذى يقترحه الأستاذ البارودى لبلد محل تقسيم المال إلى عقار ومنقول ، فيقوم
أساسا على فكرة التمييز للثاني . فمعه أن « الأموال تنقسم إلى قسمين كبيرين : (أ) أموال تحتفظ
لطبعتها ، فى كيانها ، عناصر التمييز الذاتية التى تشكل تميزها عن غيرها من الأموال الأخرى ،
وذلك دون حاجة إلى الابتعاد إلى عنصر خارجي . (ب) أموال لا تحتفظ بعناصر تمييز كافية
لتمييزها ، فتحتاج فى سبيل ذلك إلى الابتعاد إلى عنصر خارجي عنها ، وهو بصفة عامة حيازة
الإنسان » (ص ١٠٧) . ثم يقول : « نستطيع أن نلخص حتى الآن أربع وسائل تؤدي إلى أن
يكتسب المال صفة التمييز الذاتي : (أولا) الثبات الطبيعي ، وهو وسيلة العقارات إلى التمييز
الذاتي . (ثانيا) كون المال مجزأة واقعية لا يتصور أن تتكرر عناصرها بغير اختلاف . وبهذه
الوسيلة تدخل الحال التجارية والأنظمة السبائية وغيرها من المجموعات فى نطاق الأموال المعينة
ذاتيا . (ثالثا) كون المال حقا ثابتا فى ذمة شخص معين ، إذ يميز الحق بتعيين شخص المدين .
وتلك وسيلة الحق - أو الأموال المعنوية - إلى المنقول فى نطاق الأموال المعينة ذاتيا .
(رابعا) اكتساب المال صفة التمييز الذاتي بوسائل صناعية تستند أساسا إلى حماية المشرع وتنظيمه ،
كالسفن والمراكب التى ينظم المشرع حالتها المادية من اسم وجنسية وميناء تسجيل الخ ، وكالسيارات
التي يصعد المشرع بنوعها وقيمتها . وفى هذه الوسيلة للرابطة التمييز الذاتي ، أى تلك الوسيلة
الصناعية التى تستند إلى حماية المشرع وتنظيمه ، نجد مفتاح الحركة فى هذا التقسيم الجديد ولابلية
للمسيرة لعلوه ، واستعماده الدائم لأن يخلق بين نفسه الكبيرين أى مال جديد ، وأن يغفل من

وجعامة في التسجيل والرمز (١)

المطلب الثاني

المتقول بحسب المال (٢)

(Meuble par anticipation)

٢٩ - نصوص متفرقة : لا يوجد في التقنين المدني المصري ، كما لا يوجد

أحد قسمه إلى القسم الآخر ، في وجود ، الأموال التي تفقد صفة التعين الذاتي لسبب أو لآخر ، أو الأموال التي تكتسب بواسطة صناعة مستحقة صفة التعين الذاتي التي لم تكن لها من قبل .. بهذا يخص القسم الجديد من الحدود الذي وقع فيه التقسيم إلى مقار ومتقول ، حين ارتكز على وسيلة التبعات وحدها .. فكان هذا العيب الواضح الذي أصابه حين أظهر التطور وسائل أخرى لتعيين الذاتي . وهو عيب أثار وما يزال يثير مشكلة للمتقولات ذات الطبيعة الخاصة ، تلك المشكلة التي نرجو محصلين أن يفسح بحثنا هذا حلها الأخير (ص ١٠٧ - ١٠٨)

وقد يكون الأستاذ البارودي شديد التفأل وهو يحسب أن تقسيمه المقترح قد وضع لمشكلة و المتقولات ذات الطبيعة الخاصة حلها الأخير . ولعله يكون قد بالغ في تصور هذه المشكلة ، فقد يرد عليه أن هذه المشكلة ليست من الحساسة بحيث تهدم تقسيمها جوهريا كتقسيم المال إلى مقار ومتقول ، درجت عليه كل النظم القانونية منذ القانون الروماني إلى الوقت الحاضر ، مع تطور في أهمية هذا التقسيم . فهو تارة يبدو تقسيما ثاقوبا كما هو الأمر في القانون الروماني ، وهو طورا يعكس أهمية خاصة للثروة البشائية والقصادية كما هو الأمر في القانون الفرنسي القديم ، وهو أخيرا تدعله تعديلات عامة أو غير عامة ، كأن تلحق صفة المقار بالمتقول كما في المقار بالخصيص ، أو صفة المتقول بالمقار كما في المتقول بحسب المال ، وكان تبرز أهمية بعض المتقولات كالسبيغة والملاحة لموضع لها تنظيم مماثل لتنظيم المقار كما هو الأمر في الصور الحديثة . ولم يمتد الوقت الذي بينهم في تقسيم المال إلى مقار ومتقول ، بل سبق هذا التقسيم - وقد قاوم أعماصه الزمن - قائما زمنا طويلا . ولعل الأستاذ البارودي نفسه قد أحس ذلك عندما يقول : « ولا يؤثر في أهمية هذا الاختيار الجوهري استمرار بقاء تقسيم المقار والمتقول في صدر القانون المدني المصري ، فأطلب لظن أنه سبق أمدا طويلا (ص ١٢٥) » . ولتتنا مع ذلك لا يستأ إلا أن نسجل لبحث الأستاذ البارودي مزية الابتكار وجدة التفكير . وإذا كانت الفكرة التي تقدم بها ، فكرة « التعين الذاتي » ، لا حيا لها في الوقت الحاضر أن تهدم تقسيمها تقليديا صلبا ، فلا أقل من الاستعانة بها لتحرير إخطار و المتقولات ذات الطبيعة الخاصة بالمقار في نظم انفرد بها المقار ، فهذه المتقولات تفارقه المقار في أنها مظه كسبت صفة التعين الذاتي ، وفي هذا ما يبرر إضمار هذه المتقولات لمحتسب النظم التي يخضع لها المقار .

(١) وهناك طائفة من المتقولات هي الأوراق لحاملها (titres au porteur) ، وتعيّن على حيازتها المادية تقوم قرينة قاطعة على ملكيتها . ومن ثم يتجه الحق في السند ويصبح متقولا ماديا تسري عليه قواعد المتقولات المادية ، « خاصة القاعدة التي تقتضي بأن الحيازة في المتقول منه ملكية (يانويك وديور وبولاقيه ١ - ٢٦٨٦ - ٢٦٨٧) » .

(٢) انظر Préjavielle في المتقولات بحسب المال رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ .

في التقنين المدني الفرنسي ، نص عام يوضح نظرية المنقول بحسب المال ، كما وجد هذا النص في نظرية العقار بالتخصيص ، بل إن التعبير نفسه « المنقول بحسب المال » هو من صنع الفقه لا التشريع .

ولكن هناك نصوصا متفرقة ، في التقنين المدني وفي تقنين المرافعات ، تطبق النظرية في حالة خاصة هي حالة المحصول الزراعي ، فتعتبر هذا المحصول منقولا قبل أن يفصل عن الأرض لأغراض معينة . فيكون المحصول وهو عقار بطبيعته منقولا حكما ، لأن ما له الحتمى هو أن يفصل عن الأرض ، فهو إذن « منقول بحسب المال » .

وأول هذه النصوص هو نص المادة ١/١١٤٢ مدني ، ويجرى على الوجه الآتي : « المبالغ المنصرفة في البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول التي صرفت في إنتاجه ، وتكون لها جميعا مرتبة واحدة » . فهنا يحدد النص حقوقا معينة هي ما صرف في أعمال الزراعة والحصاد بوجه عام ، وما صرف في البذر والسماد ومواد التخصيب الأخرى والمواد المقاومة للحشرات بوجه خاص ، ويجعل هذه الحقوق ممتازة على المحصول الزراعي الذي صرفت في إنتاجه . والامتياز هنا امتياز على منقول ، فقد اعتبر المحصول الزراعي وعاء الامتياز منقولا بحسب المال لأنه حينما سيحصد ؛ فتكون الحقوق سالفة الذكر ممتازة وامتيازها قائم على منقول .

والنص الثاني هو نص المادة ١/١١٤٣ مدني ، ويجرى على الوجه الآتي : « أجرة الباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قامت عن ذلك ، وكل حق آخر لمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعا امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة وملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي » . والذي يعنينا هنا هو إيجار الأراضي الزراعية ، فكل حق لمؤجر الأرض الزراعية ناشئ عن عقد الإيجار ، وبخاصة الأجرة لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، له امتياز على المحصول الزراعي . والامتياز امتياز على منقول ، فقد نظر هنا أيضا إلى المحصول الزراعي باعتباره منقولا بحسب المال إذ ما له الحصد حينما .

والنص الثالث هو نص المادة ٤٩٩ مرافعات، ويجرى على الوجه الآتى :
 « لا يجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وخمسين يوما . وإلا كان الحجز باطلا » . والحجز هنا حجز منقول ، بالرغم من أنه حجز ثمار متصلة بالأرض ومزروعات لا تزال قائمة ولم تحصد وإن كان الباقي على نضج الثمار والمحصولات مدة لا تزيد على خمسة وخمسين يوما . فالثمار والمزروعات لا تزال إذن عقاراً بطبيعته لاتصالها بالأرض ، ولكن حجزها هو حجز منقول لأنه نظر إليها باعتبارها منقولا بحسب المآل إذ لا بد من حصدها في مدة لا تزيد على خمسة وخمسين يوما .

ويمكن أن يستخلص من هذه النصوص قاعدة عامة ، واعتبار هذه النصوص مجرد تطبيق لما . وهذه القاعدة هي : حيث ينظر القانون (في حقوق الامتياز وفي حجز المنقول) ، أو المتعاقدان (في بيع المحصول والثمار وخشب الأشجار وأنقاض البناء ومنتجات المناجم والمهاجر) ، إلى عقار بطبيعته على أنه موشك أن يؤول منقولا بحصده أو هدمه أو قطعه أو اقتلاعه ، ويجرى التعامل على أساس أبولة العقار منقولا ، فإن العقار بطبيعته يأخذ عندئذ حكم المنقول ، ويكون منقولا بحسب المآل .

ونبحث الشروط الواجب توافرها ليكون العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل ، ثم نستعرض تطبيقات معينة للمنقول بحسب المآل في أربع حالات : المحصول والثمار ، بيع خشب الأشجار ، بيع أنقاض البناء ، بيع منتجات المناجم والمهاجر .

٣٠ — شروط المنقول بحسب المآل : يستخلص مما قدمناه أن هناك شرطين يجب توافرها ليكون العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل . فوجب أولاً أن يكون التعامل في العقار بطبيعته ، في نظر المتعاقدين أو في نظر القانون ، قد جرى لا على أساس حقيقة العقار في الحال ، بل على أساس ما يصير إليه في المآل . ويجب ثانياً أن يكون المصير المحقق القريب لهذا العقار هو أن يصبح بالفعل منقولا :

١ — فوجب أن يكون التعامل قد جرى لا على أساس حقيقة العقار في الحال بل على أساس ما يصير إليه في المآل : فإذا باع صاحب المحصول أو الثمار

محصوله أو ثماره لمشتري ، فكل مهبا قد نظر في هذا التعامل إلى الحصول أو الثمار لا على أنه متصل بالأرض أو قائم على الشجر ، بل على أنه قد تم حصده أو قطفه فأصبح منقولاً ، فهما يتبايعان في منقول لا في عقار . وكذلك إذا قظر القانون إلى الحصول أو الثمار من ناحية إمكان الحجز عليه حجز منقول (saisie-brandon) ، فإنه ينظر لا إلى محصول متصل بالأرض أو إلى ثمار قائمة على الشجر ، بل إلى محصول قد تم حصده أو إلى ثمار قد تم قطعها . والعقار بطبيعته الذي سيصبح منقولاً هو عقار متصل بالأرض ، كالحصول والثمار والشجر والبناء والمعادن والأحجار في بطون المناجم والمحاجر . وليس من الضروري أن يتعامل المالك في هذا العقار مستقلاً عن الأرض ، فقد يبيع الأرض والبناء معاً على أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى حدم البناء ، فيكون المشتري في هذه الحالة قد اشترى البناء باعتباره منقولاً بحسب المال بالرغم من أنه اشتراه غير مستقل عن الأرض ، وعلى العكس من ذلك قد يبيع صاحب البناء البناء مستقلاً عن الأرض دون أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى حدم البناء ، فيكون البناء في هذه الحالة عقاراً على أصله بالرغم من أنه يبيع مستقلاً عن البناء^(١) .

٢- ولا يكفي أن يكون التعامل قد جرى على أساس ما يصير إليه العقار في المال ، بل يجب فوق ذلك أن يكون المصير المحقق القريب للعقار هو أن يصبح منقولاً . فالإرادة وحدها لا تكفي لإضفاء صفة المنقول على العقار ، كما أنها لم تكف لإضفاء صفة العقار على المنقول في العقار بالتخصيص . وكما وجب في العقار بالتخصيص أن يقوم الواقع إلى جانب الإرادة وأن يخصص المنقول بالفعل لخدمة العقار أو استغلاله ، كذلك يجب في المنقول بحسب المال أن يقوم الواقع إلى جانب الإرادة وأن يكون العقار معداً بالفعل للانفصال عن الأرض في مستقبل قريب وأن يكون مصيره المحتوم هو هذا الانفصال . وقد يستخلص هذا المصير المحتوم من طبيعة الأشياء ، كما في الحصول والثمار ،

(١) Préjaviile ص ٦٧ - ص ٧٠ - حين كيرة ققرة ٣٤ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ -

عبد الممن البدراري في المدخل للقانون الخاص ققرة ٢٥٨ ص ٣٥٧ - إساحيل غانم في النظرية العامة للقح ص ٩٥ - ص ٩٦ - منصور مصطفى منصور في نظرية الحق ص ٢٦٠ .

فهذه ليست معدلة للبقاء في الأرض ، بل هي لا شك ستفصل عنها وتصبح منقولا عندما يتم نضجها . كما يجوز أن يستخلص المصير المحتوم من الإعدادات الفعلية من جانب المالك للعقار الذي سيصبح منقولا . فصاحب الأشجار ، إذا باع خشبها بعد أن أعد الشجر للقطع ، يكون بهذا الإعداد قد جعل المصير المحتوم للخشب أن يفصل عن الشجر ، بحيث لا يتصور تنفيذ البيع بدون هذا القطع . كذلك صاحب البناء ، إذا باعه أنقاضا ، يجب أن يكون قد أعد البناء للهدم فعلا ، إذ لا يتم تنفيذ البيع بغير هذا الهدم . وينبغي على ذلك أن ميعاد تحويل العقار إلى منقول يجب أن يكون محدداً ، أو في التليل قابلا للتحديد ، وأن يكون هذا الميعاد قريبا ، فإذا لم يكن مصير العقار محققا على هذا النحو ، لم يجوز اعتباره منقولا بحسب المالك^(١) . ومن ثم إذا اشترط المالك على المستأجر أن يهدم عند نهاية الإيجار المباني التي يكون قد أنشأها ، محتفظا لنفسه بحق استبقائها إذا أراد في مقابل دفع قيمتها ، فإن هذه المباني تعتبر عقارا بطبيعتها لا منقولا بحسب المال ، لأن مصيرها غير محقق ، فقد تهدم فتصبح منقولا ، وقد يستبقياها المالك فتبقى عقارا^(٢) .

فلذا نوافر الشرطان سائفا الذكر ، فإن العقار يكون منقولا بحسب المالك ، وتطبق عليه أحكام المنقول كما سئرى في التطبيقات التي سنوردها . ويلاحظ أن العقار الذي يعتبر منقولا بحسب المالك ليس شيئا مستقبلا (*chose future*) لم يوجد بعد ، بل هو شيء حاضرا موجود فعلا . والأمر المستقبل فيه ليس هو وجوده بل هو صفته كمنقول ، فهو في حقيقته عقار في الحال ومنقول في الاستقبال^(٣) .

(١) Préjavelle ص ٧٩ - ص ٨٩ - حن كيرة : فقرة ٣٤ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ - عبد المنعم البداوي في الممثل لقانون المراس فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٧ - إسحاق طام في النظرية العامة للحق ص ٩٦ - منصور مصطفى منصور في نظرية الحق ص ٢٦٠ .

(٢) لقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦ ص ٩٣ - حن كيرة فقرة ٣٤ ص ١٠٨ - ١٠٩ - بل إن البناء الذي أقامه المستأجر في العين المزجرة ليفتح به مدع الإيجار ، محتفظا لنفسه بحق هدمه عند انتهاء المدة ، يعتبر عقارا بطبيعته ، لأن المستأجر وقت أن أقامه اعترم الانفتاح به كمقار (ديمولوب ٩ فقرة ١٠٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٣٠) .

(٣) زيدان وغواران ٤ فقرة ١٠٨ - دي باج وديكز ٥ فقرة ٧٢٨ - بلانول وريبير -

وننقل الآن إلى التطبيقات المختلفة للمنقول بحسب المال .

٣١ - **المحصول والثمار** : المحصول وهو لا يزال متصلاً بالأرض ، والثمار وهي لا تزال قائمة على الأشجار ، كل هذا يعتبر في الأصل عقار بطبيعته كما سبق القول^(١) . ولكن قد يصبح المحصول والثمار منقولاً بحسب المال ، إذا نظر إليه القانون أو المتعاقدان باعتبار مصيره المحتوم ، فهو غير باق في الأرض ولا بد أن يفصل عند نضجه .

ويتحقق أن يكون المحصول والثمار منقولاً بحسب المال في حالة الحجز وفي حالة البيع^(٢) .

أما في حالة الحجز فقد رأينا أن المادة ٤٩٩ مرافعات تنص على أنه « لا يجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وخمسين يوماً ، وإلا كان الحجز باطلاً » . والمقروض هنا أن الحجز هو حجز المنقول . والأصل أن دائي المالك ، إذا أرادوا التنفيذ بطريق الحجز على ما للمالك من محصول وثمار لا تزال متصلة بالأرض أو بالشجر ، وجب أن يكون الحجز هو الحجز العقاري لا حجز المنقول ، لأن المحصول والثمار تعتبر عقاراً بطبيعته مادامت متصلة بالأرض والشجر . ولكن القانون ، رعاية لمصلحة الدائنين ، أجاز النظر إلى المحصول والثمار باعتبارها منقولاً بحسب المال ، فجعل الحجز عليها حجزاً منقولاً لا حجز عقار ، وهو حجز أقل كلفة وأبسط في الإجراءات ، بشرط أن يكون المحصول والثمار قد قاربت النضج ولم يبق أكثر من خمسة وخمسين يوماً على تمام نضجها^(٣) .

= ويهيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٧ - بلانول وريير وبولانيه ١ فقرة ٢٦٨٤ ص ٨٨٦ .
حسن كيرة فقرة ٣٣ ص ١٠٤ - ١٠٥ - اسماعيل غانم في النظرية العامة لأحق ص ٩٧ .
(١) انظر ألفا فقرة ١٠ .

(٢) ومثل البيع عقود أخرى كالمدة والشركة والتسمة ، ولكن البيع هو أهم هذه العقود وأكثرها وقوعاً (بودري وشوفو فقرة ٥٠ ص ٤٦) .

(٣) وفي فرنسا تقضى المادة ٦٢٦ مرافعات بجواز توقيع حجز المنقول على المحصول والثمار ، بشرط ألا يزيد الوقت الباقي على تمام نضجها ستة أسابيع . ويسمى الحجز في هذه الحالة **saisie-brandon** ، ولفظ **brandon** مناه ربطات من القش توضع فوق قوائم مثبته في الأرض المحجوز على محصولها أو ثمارها علامة على الحجز ، وقد بطلت هذه العلامة وبقي الاسم (بودري وشوفو فقرة ٤٩ ص ٤٤) .

وقد يبيع صاحب الأرض المحصول وهو لا يزال متصلاً بها والثمار وهي لا تزال قائمة على الشجر ، بل إن بيع الثمار وهي قائمة على الشجر هو المألوف في التعامل . فيكون البيع في هذه الحالة واقعا على المحصول والثمار منظورياً إليها ، لا بحسب حقيقتها في الحال وهي أنها عقار بطبيعته ، بل بحسب مبرها في المال بعد أن تحصد أو تقطف ، فيعتبر البيع هنا بيع منقول لا بيع عقار . ومن النتائج التي تترتب على ذلك ما يأتي : (١) يسرى على هذا البيع أحكام بيع المنقول ، لا أحكام بيع العقار . من ذلك أن دعوى تكله الثمن للغير في بيع عقار شخص لا تنوافر فيه الأهلية (م ٤٢٥ - ٤٢٧ مدني) لا تقوم في هذا البيع ، فإذا كانت الأرض التي أنبتت المحصول أو الثمار مملوكة لقاصر يبيع المحصول أو الثمار بغير فاحش يزيد على الخمس ، فلا رجوع للقاصر على المشتري بدعوى تكله الثمن . ومن ذلك أيضاً أن المادة ٤٦١ مدني وهي خاصة ببيع المنقول تسرى في هذا البيع ، وهي تقضي بأنه في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك . وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره^(١) . (٢) لا يكون لمشتري المحصول أو الثمار إلا حق عيني على منقول ، فيكون حقه منقولاً ، ومن ثم لا يستطيع اللجوء في حمايته إلى دعاوى الحيازة إذ هي لا تحمي إلا العقار^(٢) . (٣) الدعوى التي يقيمها مشتري المحصول أو الثمار على البائع في شأن هذا البيع تكون دعوى منقولة لا دعوى عقارية ، فتدخل في اختصاص محكمة موطن البائع ، لا المحكمة التي يوجد في دائرتها الأرض التي أنبتت المحصول أو الثمار^(٣) . (٤) لما كان البيع يقع على منقول لا على عقار ، فهو غير واجب التسجيل لنقل الملكية ، ومن ثم لا محل لدفع رسوم التسجيل . وتنقل الملكية بمجرد العقد ، لأن البيع واقع على منقول معين بالذات^(٤) . (٥) إذا حجز دائن على الأرض التي أنبتت المحصول والثمار ، فإن بيع المحصول والثمار

(١) نقض فرنسي ٣ أبريل سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٢ - ١٢ يولي سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٦١ .

(٢) نقض فرنسي ١٤ فبراير سنة ١٨٩٩ دالوز ٩٩ - ١ - ٢٤٦ .

(٣) نقض فرنسي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ٢٣ يناير سنة ١٩٢٥ .

(٤) إسماعيل غانم في النظرية العامة للعق ص ٩٨ .

يسرى في حق الدائن الحاجز ، ما لم يكن تأليا لتاريخ تسجيل التنبيه فقد نصت المادة ٦١١ مرافعات على أن « تلحق بالعقار ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبيه ليوزع منها ما ينقص المدة التي تلى التسجيل كما يوزع ثمن العقار » (١) . هذا ويلاحظ أن صاحب الأرض إذا كان قد أجراها ، فإن المستأجر يصبح دائما للمؤجر بالمحصول والثمار التي تنتجها الأرض ، وحقه هذا هو حق شخصي يقع على منقول بحسب المال ، ولا يصبح المستأجر مالكا للمحصول والثمار إلا بينها ، أما قبل الحثي فالمستأجر لا يعلو أن يكون دائنا شخصيا للمستأجر (٢) كما سبق القول .

٣٢ - غُشِبَ الوُشْجَارُ : وقد يبيع مالك الأرض خشب الأشجار القائمة باعتبارها معدة للقطع ، ويكون البيع واقعا على الخشب المقطوع لا على الشجر القائم ، ويعتبر الخشب هنا منقولا بحسب المال ، ويكون بيعه بيع منقول لا بيع عقار (٣) .

ويرتب على أن البيع هنا هو بيع منقول لا بيع عقار نفس النتائج التي أسلفناها في بيع المحصول والثمار ، فتسرى على البيع أحكام بيع المنقول لا أحكام بيع العقار ، ويتمتع الانتفاع إلى دهاوى الحياة ، وتخص محكمة موطن البائع ، ولا يكون هناك تسجيل ، وتلحق الثمار بالعقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية (٤) .

٣٣ - أُنْقَاضَ البناء : وقد يبيع صاحب البناء بناءه منفصلا عن الأرض ومنزوعا منها ، لا باعتباره بناء قائما ، بل باعتباره أنقاضا معلوما ، ويقع

(١) انظر في هذه النتائج أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٨ - بودري وشوفو فقرة ٥١٢ - پلانويول وريبيير وبيكار ٣ فقرة ١٠٣ - پلانويول وريبيير وبولانجه ١ فقرة ٢٦٨٢ - كولان وكاييتان ولاموراندوير ١ فقرة ٩٢١ .
(٢) بودري وشوفو فقرة ٤٩ ص ٤٥ - كولان وكاييتان ودي لاموراندوير ١ فقرة ٩٢١ ص ٧٣٧ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ - Prévaille ص ٦٣ - ص ٦٥ - پلانويول وريبيير وبيكار ٣ فقرة ١٠٤ ص ١٠٦ - شوفو في المنقول بحسب المال (بحث في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٥٧٣ وما بعدها) - نقض فرنسي ٣ أبريل سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٢ - ١٢ يوليو سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٦١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٤ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي پاليه ٢٢ يناير سنة ١٩٢٥ .
(٤) انظر في ذلك پلانويول وريبيير وبيكار ٣ فقرة ١٠٤ .

ذلك عند ما ترضع أسعار مواد البناء ، فتزداد الرغبة في شراء المباني القديمة لحملها ألقاضا والاستفادة مما يصلح منها للبناء كالأبواب والشبابيك والبلاط والحديد ونحو ذلك . فيكون البيع هنا أيضاً بيع منقول بحسب المال ، وتسرى أحكام بيع المنقول لا أحكام بيع العقار ، وقد سبقت الإشارة الى بعض النتائج التي تترتب على ذلك^(١) .

ومجب التمييز ، في عقد بيع ألقاض البناء ، بين تكوين عقد البيع في ذاته وبين الآثار التي تترتب عليه . فعقد البيع عند تكوينه لا يكون قد أحدث آثاره من جعل البناء منقولاً بحسب المال ، بل يكون البناء لا يزال معتبراً عقاراً ، ويقتضى البيع الوارد عليه أهلية التصرف . فلا تكفي أهلية الإدارة كما كانت تكفي لو أن البيع وقع على المحصول والثمار أو على خشب الأشجار فإن كلا من هذين البيعين الأخيرين يعتبر من أعمال الإدارة^(٢) . وعلى ذلك يجب أن يكون البائع للبناء قد توافرت فيه أهلية التصرف ، بأن يكون قد بلغ سن الرشد غير محجور عليه أو أن يكون ولياً مملك التصرف أو وصياً أو قياً قد حصل على الإذن الواجب من المحكمة . فإذا انعقد البيع صحيحاً على هذا النحو أنتج أثره ، فيصبح البناء منقولاً بحسب المال على الوجه الذي بيناه ، ويصبح البيع بيع منقول لا بيع عقار^(٣) كما سبق القول .

وإذا باع صاحب البناء الأرض والبناء معاً لمشتري ، وباع البناء وحده باعتباره منقولاً بحسب المال لمشتري آخر ، فالعبرة في تقديم أحد المشتريين على الآخر بالتاريخ الثابت للبيع الصادر له . فإن كان البيع الواقع على البناء وحده هو السابق ، تقدم مشتري البناء على المشتري الآخر فيما يتعلق بالبناء . وإن كان البيع الواقع على الأرض والبناء معاً هو السابق ، تقدم المشتري في هذا البيع ، إلا إذا كان مشتري البناء قد تمكن من هدم البناء واستولى على الألقاض وهو حسن النية أى لا يعلم بسبق بيع الأرض والبناء ، فإنه يستطيع

(١) انظر آتفا فقرة ٣١ - فقرة ٣٢ .

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ١٨٠ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ .

(٣) انظر في هذه المسألة ديمولومب ٩ فقرة ١٨٠ - ديرانتون ٤ فقرة ٣٧ - أوبري ورو

٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ حاشي ٢٦ . بودرى وشوفو فقرة ٥٢ .

عندئذ أن يتمسك بالحيازة^(١). ويسرى الحكم نفسه في المفاضلة ما بين مشتريين متعاقبين للبناء وحده باعتباره منقولا بحسب المال^(٢).
ويسرى بيع البناء باعتباره منقولا بحسب المال في حق الدائنين الشخصيين للبائع ، إلا إذا استطاع هؤلاء أن يظنوا فيه بالدعوى البولصية^(٣). أما بالنسبة إلى الدائن المرتهن للأرض والبناء معاً ، فإن كان بيع البناء سابقاً في تاريخه الثابت على ترتيب الرهن ، فإن للمشتري للبناء يستطيع الاحتجاج بالبيع الصادر له على الدائن المرتهن دون حاجة إلى تسجيل البيع لأنه بيع منقول^(٤). وإذا كان بيع البناء لاحقاً لترتيب الرهن ، فإنه لا يحتج بالبيع على الدائن المرتهن ، إلا إذا تمكن المشتري من الاستيلاء على الأتقاض وهو حسن النية فإنه يستطيع عندئذ أن يتمسك بالحيازة. ويجوز للدائن المرتهن في هذه الحالة الاحتفاظ بحقه في التقدم على ثمن البناء وهو في يد المشتري^(٥).

٣٤ — **المعادن والمخار في المناجم والحاجر:** حكم المعادن في المناجم هو حكم الأحجار في الحاجر ، فكل من المعادن والأحجار وهي في باطن الأرض أو في داخل الجبال تعتبر جزءاً من الأرض أو الجبل ، فهي إذن عقار بطبيعته. فإذا أعطى شخص الحق في استخراجها والاستيلاء عليها ، فإنه يكون عند ذلك يتعامل في عقار بطبيعته قد هيئ للانفصال عن المنجم أو الحاجر ، فهو إذن منقول بحسب المال. ولما كانت المناجم وما تحويه من معادن مختلفة تعتبر من أهم مصادر الثروة القومية ، لذلك فلها تخضع عادة لنظام إداري مفصل ، يبدأ بترخيص في الكشف وينتهي بمنع امتياز لمدة معينة ، فالأحكام القانونية التي تخضع لها المعادن تخضعها النظم الإدارية ولا شأن

(١) بودري وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥١ - شوفو في المنقول بحسب المال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٣٧ - فقرة ٤٠.

(٢) بودري وشوفو فقرة ٥٣ - شوفو في المنقول بحسب المال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٠ - نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٨٣١ سريه ٣١ - ١ - ٣٨٦.

(٣) بودري وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢.

(٤) بودري وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢ هامش ٣ - شوفو في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٢ - نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ١ - ٣٤٣.

(٥) بودري وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢ - شوفو في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٢ - فقرة ٤٩ - نقض فرنسي ١٥ يولي سنة ١٨٦٧ سريه ٦٨ - ١ - ٩.

لنا بها في هذا المكان^(١). ونقتصر على الكلام في المحاجر ، وهي أيضاً تخضع لنظم إدارية ، ولكن هذه النظم أبسط من تلك التي تخضع لها المناجم .
والغالب أن العقد إذا وقع على منتجات الحجر ، فهو بيع لهذه المنتجات^(٢).
ومن ثم يكون بيعاً لمنقول بحسب المال ، فيكون بيع منقول لا بيع عقار بما يترتب على ذلك من نتائج^(٣).

ومن أهم هذه النتائج أنه لا محل لتسجيل البيع ، لأنه بيع منقول . فإذا باع المالك العقار الذي فيه الحجر ، كان هذا بيع عقار ووجب تسجيله .
وإذا باع لمشتري آخر الحق في استخراج الأحجار من الحجر ، كان هذا بيع منقول كما قدمنا ، ويكون حق مشتري الأحجار حجة على المشتري الأول إذا كان سابقاً في التاريخ الثابت على بيع العقار ، وذلك دون حاجة إلى تسجيل البيع الصادر إلى مشتري الأحجار . ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي يذهب إلى أن بيع الأحجار باعتبارها منقولا بحسب المال ، وإن اعتبر بيع منقول فيما بين المتعاقدين ، يعتبر بيع عقار بالنسبة إلى الغير ، فيجب إذن تسجيل بيع الأحجار وأن يكون التسجيل سابقاً على تسجيل بيع العقار حتى يستطيع مشتري الأحجار أن يحتج بالبيع الصادر له على المشتري للعقار^(٤) . وينتقد الفقه الفرنسي هذا القضاء^(٥) ، فإن وصف الشيء يبق واحدًا فيما بين

(١) انظر قانون المناجم والمحاجر فيما يلي فقرة ٣٥٥ وما بعدها .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٢٧ .

(٣) انظر آلفا فقرة ٣١ - فقرة ٣٢ - وانظر بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٧ - *Dabin* في الطبيعة القانونية لحق استخراج المنتجات من الأرض بروكل سنة ١٩١٧ ص ٦٣ - نقض فرنسي ٢٤ مايو سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٤٨٩ .

(٤) نقض فرنسي ٢٤ مايو سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٤٨٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ - ١٩٧ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٩ سريه ١٩٥٠ - ١ - ١٠٠ .

(٥) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ - بلانيول وريير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٨٤ - بلانيول وريير وبيكار ١٣ فقرة ٩٠١ - دي باج وديكرز ٥ فقرة ٧٣٢ - وانظر أيضاً في انتقاد الفقه المصري لهذا القضاء إسحاق غانم في النظرية العامة لالحق ص ٩٩ - ص ١٠٠ - شمس الدين الوكيل في التأميمات فقرة ٧٩ ص ٢٢٦ - حسن كيرة فقرة ٣٥ ص ١١١ - ص ١١٢ وانظر في تأييد القضاء الفرنسي *Fréjaville* ص ١٧٧ - ص ١٨٤ و ص ١٩٣ - ص ٢٠٨ - لوران ٥ فقرة ٤٢٩ - مارتو وريغو ١ فقرة ٣٢٥ - كاربونيه ص ٦٤ .

المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ولا يجوز أن يتغير في حالة عما هو عليه في الأخرى . فإذا كانت الأحجار منقولة بحسب المال فيما بين المتعاقدين ، وجب أن تبقى كذلك بالنسبة إلى الغير . وإذا كان الحق في استخراج الأحجار من شأنه أن ينقص كثيراً من قيمة العقار فوجب أن يعلم بوجوده المشتري للعقار حتى لا يفاجأ ، فإن طريق العلم بوجود هذا الحق ليس حتماً أن يكون هو التسجيل . ويكفى ، حتى يعلم المشتري بوجود هذا الحق عند الشراء ، العلامات المادية الظاهرة التي لا بد من وجودها عند ما يقوم صاحب الحق بأعمال الاستغلال لاستخراج الأحجار^(١) .

ويكاد الإجماع يتخذ في التقه الفرنسي على أن بيع المنقول بحسب المال ، سواء كان بيع محصول وغار أو بيع خشب الأشجار أو بيع أبقاض البناء أو بيع المعادن والأحجار ، هو بيع منقول لا بيع عقار ، ومن ثم لا ينضم للتسجيل ، وتسرى عليه سائر أحكام بيع المنقول^(٢) .

الفرع الثاني

تقسيمات أخرى للأشياء المادية

٣٥ - التقسيمات الأخرى محل البحث : قدمنا^(٣) أن هناك تقسيمات أخرى للأشياء المادية ، نبحث منها تقسيم الشيء إلى قابل للاستهلاك وغير قابل له وتقسيمه إلى مثلي وقيمي في مبحث أول ، وفي المبحث الثاني تقسيم الأشياء المملوكة للدولة إلى أشياء عامة وأشياء خاصة^(٤) .

(١) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ .

(٢) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٩ والمراجع إليها فيه .

(٣) انظر آتفا فقرة ٣ .

(٤) وكان المشروع التمهيدى يشتمل على تقسيم آخر يتعلق بالأموال الموقوفة ، فكانت المادة ١١٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « الأموال الموقوفة هي التي تزول عنها الملكية الخاصة وترصد منفعتها على إيفقراء أو على جهة بر معنية ، أو على عمل متعلق بالصالح العام ، سواء كان ذلك في الحال أو بعد انقراض المستحقين المذكورين في إشهاد الوقف » . ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة (حوعة الأعمال التشريعية ١ ص ٤٧٩ في الهامش) .

المبحث الأول

القابل للاستهلاك وغير القابل له - المثلث والقيمي

المطلب الأول

الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له

(Chose consommable et chose non consommable)

٣٦ - نص قانوني : تنص المادة ٨٤ مدني على ما يأتي :

١ - الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له ، في استهلاكها أو إنفاقها .

٢ - فيعتبر قابلاً للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع^(١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن التقسيم كان معروفاً في عهد هذا التقنين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري

المادة ٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٨٤ - ولا مقابل للنص لا في التقنين

المدني العراقي ولا في قانون الملكية العقارية اللبناني^(٢) .

ونعرض أولاً للتمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ، ثم نبين الأهمية العملية لهذا التمييز .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥ من المشروع المجهدي على وجه مطابق .

كما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦ في المشروع النهائي . ثم ، اتفق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦ ، فيجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٢ - ص ٤٧٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

٣٧ - التمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له :

الشيء القابل للاستهلاك هو الشيء الذى أعد بطبيعته لأن يكون أول استعمال له هو فى استهلاكه ، فهو غير قابل للاستعمال مرة بعد مرة مع بقائه دون أن يستهلك . والاستهلاك إما أن يكون مادياً (matérielle) كما هو الأمر فى الطعام والشراب ، فالطعام لا يستعمل إلا عن طريق استهلاكه بالأكـل وكذلك الشراب . وإما أن يكون الاستهلاك قانونياً (juridique) ، وذلك كالنقود فاستعمالها الأول يكون بالإتفاق ، والإتفاق لا يستهلك النقود استهلاكاً مادياً وإنما يستهلكها استهلاكاً قانونياً فيضيع قيمتها على من أنفقها^(١) (انظر م ١/٨٤ مدنى) .

والشيء غير القابل للاستهلاك هو الشيء الذى يمكن استعماله مرة بعد مرة دون أن يستهلك . فالملابس غير قابلة للاستهلاك ، إذ يمكن استعمالها مرة بعد أخرى وقد أعدت لذلك بحسب طبيعتها . وليس معنى ذلك أن الملابس لاتبلى ، بل هى تبلى بطول الاستعمال ، ولكنها مع ذلك قابلة لأن يتكرر استعمالها مدة طويلة أو قصيرة دون أن تبلى ، فهى بخلاف الشيء القابل للاستهلاك لاتبلى بمجرد استعمالها مرة واحدة . ويصدق ذلك أيضاً على المنزل والمفروشات والأثاث والآلات والأدوات والسيارة والمكتب والكتاب والقلم ، فهذه كلها قابلة للاستعمال مرة بعد أخرى ، ولا تبلى إلا بعد استعمالها مدة من الزمن ، طالبت هذه المدة أو قصرت .

والأصل فى معرفة ما إذا كان الشيء قابلاً للاستهلاك أو غير قابل له أن يرجع إلى طبيعته . فالطعام والشراب والنقود طبيعتها تقتضى أن تستهلك استهلاكاً مادياً أو قانونياً بمجرد استعمالها أول مرة^(٢) . والملابس والآلات والسيارة والكتاب طبيعتها ألا تستهلك بمجرد استعمالها أول مرة ، بل هى تقبل الاستعمال مرة بعد أخرى .

ومع ذلك فالنية قد تتدخل وتتغلب على طبيعة الشيء ، فتجعل الشيء

(١) پلانپول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٦ .

(٢) پلانپول وريبير وبيكار فقرة ٥٦ ص ٦٢ - Humbert رسالة من باريس

الذى هو بطبيعته قابل للاستهلاك غير قابل له ، وذلك كالتقود إذا أعرت لعرفا لعرضها وإعادتها بعينها بعد ذلك ، فتقلب من شيء قابل للاستهلاك بطبيعته إلى شيء غير قابل للاستهلاك بحسب نية المتعاقدين . وقد تتدخل النية فتجعل من الشيء غير القابل للاستهلاك بطبيعته شيئا قابلا للاستهلاك ، وذلك كالأشياء التى أعدت فى المتاجر للبيع . فهذه بعضها غير قابل للاستهلاك بطبيعته كالمفروشات والآلات والسيارة والملابس ، ولكنها أعدت للبيع ، فتعتبر بحسب ما أعدت له قابلة للاستهلاك استهلاكاً قانونياً ، إذ أن استعمالها أول مرة يكون ببيعها أى باستهلاكها على هذا النحو (انظر م ٢/٨٤ مدنى^(١)) .

٣٨ — أهمية هذا التمييز : للتمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له أهمية عملية من نواح متعددة ، نذكر منها الناحيتين الآتيتين :

١ — هناك عقود لا ترد إلا على الشيء غير القابل للاستهلاك ، مثل ذلك عقد العارية . وقد عرفت المادة ٦٣٥ مدنى العارية بأنها « عقد يلتزم به المير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستمهه بلا عوض لمدة معينة أوفى غرض معين ، على أن يردده بعد الاستعمال » . فالشيء المعار إذن هو شيء يمكن استعماله لمدة معينة دون أن يستهلك ، فهو شيء غير قابل للاستهلاك . كذلك عقد الإيجار يرد عادة على شيء غير قابل للاستهلاك ، إذ أن العين المؤجرة ترد بعد استعمالها ، ولا فرق بين العارية والإيجار إلا فى أن العارية تكون بغير أجر والإيجار يكون بأجر . أما القرض فعقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من التقود أو أى شيء مثل آخر ، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله فى مقداره ونوعه وصفته « (م ٥٣٨ مدنى) . ويخلص من هذا التعريف أن القرض يقع على شيء مثل ، ولكن الشيء المثل فى القرض يكون عادة شيئاً قابلاً للاستهلاك كالتقود والغلال ، وسرى أنه يغلب أن يكون الشيء القابل للاستهلاك هو شيء مثل والشيء غير القابل للاستهلاك هو شيء قيمي^(٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجلة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٢ .

(٢) هلائيول وديوير وهيكار ٣ فقرة ٥٧ .

٢- وجن الانتفاع حق عبثي يحول صاحبه أن ينقض بشيء مملوك لغيره ،
 حل أن يردده إليه بعينه عند نهاية الانتفاع . فالشئ المنتفع به يكون إذن شيئاً
 غير قابل للاستهلاك ، إذ هو يرد بعينه بعد أن يستعمل مدة معينة . وعلى ذلك
 لا يرد حق الانتفاع إلا على شئ غير قابل للاستهلاك ، وإذا ورد على شئ
 قابل للاستهلاك فلا يرد المنتفع عيناً بل يرد مثله ، تغيرت طبيعة حق الانتفاع
 وسمى بشبه حق الانتفاع (quasi-usufruit)^(١) .

الطلب الثاني

المثل والقيمي

(Chose fongible et chose non fongible)

٣٩ - نحن قانوني : تنص المادة ٨٥ مدني على ما يأتي :
 « الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر
 عادة عند التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن^(٢) .
 ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن التقسيم كان معروفاً
 في عهد هذا التقنين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني
 السوري المادة ٨٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٨٥ - وفي التقنين المدني
 العراقي المادة ٦٤ - ولا مقابل له في قانون الملكية العقارية اللبناني^(٣) .

(١) پلاتول وريير ويكار ٣ فقرة ٥٧ ص ٦٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦ من المشروع المجهول على وجه مطابق
 لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧ في المشروع
 النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥ (مجموعة الأعمال
 التشريعية ١ ص ٢٧٣ - ص ٢٧٤) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : .

التقنين المدني السوري م ٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٦٤ - الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، -

ونعرض هنا أيضاً للتمييز بين الشيء والمثلث والشيء القبيح ، وتقابل ما بين هذا التمييز والتمييز السابق الخاص بالشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ، ثم نبين الأهمية العملية للتمييز بين الشيء والمثلث والشيء القبيح .

٤٠ - التمييز بين الشيء والمثلث والشيء القبيح : يقال عن الشيء إنه حثل إذا نسب إلى شيء آخر ، فكان كل منهما صالحاً لأن يقوم مقام الآخر في الوفاء بالدين . فالشيء لا يكون مثلياً في ذاته ، كما يكون قابلاً للاستهلاك في ذاته ، ولكنه يكون مثلياً بالقياس إلى مثله^(١) . فلو أن شخصاً كان مديناً لآخر بأن يسلمه مائة جنيه ، أو مائة أردب من القمح الهندى من صنف متوسط ، أو مائة قنطار من القطن الأشموني من صنف معين ، أو مائة متر من الحرير الصناعى على وصف معين ، فإن حل الدين - النقود أو القمح أو القطن أو الحرير - يكون شيئاً مثلياً . ذلك أن المدين يستطيع أن يفي بدينه بأى ورق نقدي علنا دون أن يتقيد بأوراق نقدية معينة . ويستطيع المدين كذلك أن يسلم مدينه أية كمية من القمح الهندى ذى الصنف المتوسط بعد أن يكيل له من هذا القمح مائة أردب ، ولا يستطيع الدائن أن يلزمه بتسلم كمية معينة . وكذلك قل عن القطن فيزن المدين للدائن مائة قنطار من القطن الأشموني من الصنف المعين ، وعن الحرير فيقيس المدين للدائن مائة متر من الحرير الصناعى على الوصف المتفق عليه . ويتبين من ذلك أن الشيء المثلث يتميز بخاصتين : (١) أنه لا يكون شيئاً مثلياً في ذاته ، بل بالقياس إلى شيء آخر مثله . (٢) أنه يقدر عادة عن طريق العد أو الكيل أو الوزن أو المقاس ، إذ لا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به ، بل تتماثل فيقوم بعضها مقام بعض (انظر م ٨٥ مدنى)^(٢) . أما الشيء القبيح فهو المعين بالذات للذى لا يقوم شيء آخر

١ - وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو بالمقدار أو بالكيل أو بالوزن . ٢ - وما عدا ذلك من الأشياء فهو قبيح .

(وأحكام التقنين العراق تطابق أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية البنائى لا مقابل .

(١) Jambert في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٤٥ ص ٧٥ وما بعدها -

بلايول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨ .

(٢) وانظر م ٩١ مدنى ألماني - بلايول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨ .

مقامه في الوفاء . فيبيع منزل معين بالذات أو ما كينة رى معينة بالذات أو قطعة أثرية معينة بالذات ، إنما هو يبيع يرد على أشياء قيمية لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء . ولا بد للبائع من أن يسلم للمشتري نفس المنزل المعين بالذات ولا تقرأ ذمته إذا هو سلم منزلاً آخر ولو كان أكبر قيمة ، أو نفس ما كينة الرى أو نفس القطعة الأثرية ولا تقرأ ذمته إذا هو سلم ما كينة رى أخرى ولو كانت أقوى أو قطعة أثرية أخرى ولو كانت أنفـس .

٤١ - القابل ما بين المثل والقيمي وبين القابل للاستهلاك وغير

القابل ر : وترى مما تقدم أن التمييز بين المثل والقيمي يرجع هو أيضاً إلى طبيعة الأشياء ، كما يرجع التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له فيما مر بنا . وقد قيل خطأ إن التمييز بين المثل والقيمي إنما يرجع إلى نية الطرفين ، في حين أن التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له يرجع إلى طبيعة الأشياء^(١) . والصحيح أن المثل إنما يكسب هذه الصفة من طبيعته ، وكذلك يكسب القيمي صفته من طبيعته^(٢) . فالتمييز بين المثل والقيمي يستوى إذن مع التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له ، في أن كلا منهما يرجع إلى طبيعة الأشياء^(٣) .

(١) انظر مثلاً بودوي وشوفو فقرة ١٨ ص ١٩ - ويبدو أن المذكرة الإيضاحية لمشروع المقيمي تلعب هي الأخرى هذا المذهب ، إذ تقول : « عل أن الممول عليه في وصف الشيء بأنه مثل أو قيمي هو جواز قيام ذمته آخر من نفسه ونوعه مقامه عند الوفاء ، بحسب قصد الماعدين ، أو عدم جواز ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٤) . وقد قضت محكمة النقض بأن الأشياء المثلية هي التي يعتبر المتصادقان أن الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها بدلاً منها ، والأشياء القيمية هي التي يعتبر المتصادقان أن الوفاء بها لا يتم إلا بتقديمها هي عينها . وقد يكون الشيء بعينه مثلاً في أسواق وقيماً في أسواق أخرى ، والفصل في كونه هذا أو ذاك يرجع إلى طبيعة هذا الشيء ونية ذوي الشأن وظروف الأحوال ، فكل أي وجه اعتبره قاضي الموضوع وبني اعتباره على أسباب متينة لوجه رأيه فلا رقابة محكمة النقض عليه (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ جازا جزء أول ص ٣٠٠) .

(٢) بلاتويل ودوبير ويككار ٣ فقرة ٦٠ .

(٣) وإذا كانت لنية تتدخل في بعض الأحوال الاستثنائية فتجعل الشيء مثلاً كسبعة من كتاب تسيرها مكتبة من مكتبة أخرى لئلا يرد مثلاً ، وتجعل الشيء قيمياً كسبعة من كتب تعاد لمرضاها في أحد المعارض (ad protem et orientationem) عل أن ترد بعينها ، فقد رأينا أن لنية تتدخل كذلك في بعض الأحوال الاستثنائية فتجعل الشيء غير قابل للاستهلاك كالنقد إذا أصبحت لصراف لم ضما وإعادتها بعينها ، وتجعل الشيء قابلاً للاستهلاك كالمسلح غير القابلة للاستهلاك -

ولذا أريد إيجاد فرق ما بين التمييزين، فهلما الفرق هو أن المثلث إنما يكون مثلية لا في ذاته بل بالقياس إلى شيء مثله، وأما الشيء القابل للاستهلاك فهو قابل لذلك في ذاته دون حاجة إلى قياسه على شيء مثله.

ومع ذلك فإن الغالب أن يكون الشيء المثلث شيئا قابلا للاستهلاك، كالطعام والشراب والنقود فهي أشياء مثلية وهي في الوقت ذاته أشياء قابلة للاستهلاك. والغالب كذلك أن يكون الشيء القيمي غير قابل للاستهلاك، كالمنزل والآلة المعنية بالذات فهذه أشياء قيمة وهي في الوقت ذاته غير قابلة للاستهلاك. وعلى هذا النحو يختلط التقسيان أحدهما بالآخر، فيكون التمييز بين المثلث والقيمي هو عين التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له^(١). ولكن هذا النظر غير دقيق، فلا يزال التمييز بين المثلث والقيمي غير التمييز بين القابل للاستهلاك غير القابل له^(٢). وإذا كان كل من التمييزين يرجع إلى طبيعة الأشياء كما قلنا، إلا أن المثلث يقوم على قياسه بشيء آخر نظيره، والقابل للاستهلاك يرجع في صفته هذه إلى ذاته دون أن يقاس بشيء آخر.

يبدل على ذلك أنه يمكن أن نتصور شيئا مثليا ويكون في الوقت ذاته غير قابل للاستهلاك، وذلك مثل السيارة غير المعنية بالذات ونسخة من كتاب غير معينة بالذات، فهذه وتلك شيان مثليان، وهما في الوقت ذاته غير قابلتين للاستهلاك. كذلك يمكن أن نتصور شيئا قيميا ويكون في الوقت ذاته قابلا للاستهلاك، فكمية من الغلال معينة بالذات هي شيء قيمي بعد أن تعينت بلباسها، وهي في الوقت ذاته شيء قابل للاستهلاك.

= بطبيعتها إذا أعدت في المتاجر للبيع (انظر أنفا فقرة ٣٧ في آخرها - وانظر پلانول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠ ص ٦٥ - نفس فرنسي ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩-٢٨٣).

(١) وهذا الخلط يرد عند كثير من الفقهاء وفي بعض التقنيات المدفئة كالتقنين المغلف المولندي (٥٦١ م) والتقنين المدفئ الإسباني (٣٣٧ م). انظر في ذلك پلانول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠ ص ٦٤، وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٤.

(٢) انظر التقنين المدفئ الألماني م ٩١ - ٩٢ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: « فالتعود المدة لغرض مثلية ولكنها غير قابلة للاستهلاك، والتحف الفنية الأصلية قيمة ولكنها تعتبر قابلة للاستهلاك إذا أعدت للبيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٤).

٤٢ - أهمية التمييز بين الشيء المثلّي والشيء القيمي : وللتمييز بين الشيء المثلّي والشيء القيمي أهمية كبيرة في العمل . وذلك أن الشيء المثلّي ، كما رأينا ، هو شيء غير معين بالذات بل يعين بنوعه وصفاته ، ويقدر بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس . والشيء القيمي هو شيء معين بالذات ، فليس هو في حاجة إلى تعيين بالنوع أو إلى تقدير بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس .

فإذا كان هناك التزام بنقل الملكية ، وكان محل هذا الالتزام منقولاً مثلاً ، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد ، بل لابد من تعيين المحل وإفرازه ، ولابد من إفرازه من تقديره عدداً أو كيلاً أو وزناً أو مقاساً . فإذا تم الإفراز حلى هذا النحو ، أصبح الشيء المثلّي قيمياً ، وانتقلت ملكيته إلى الدائن بمجرد الإفراز . أما إذا كان محل الالتزام منقولاً قيمياً ، أي شيئاً معيناً بالذات منذ البداية فلا يحتاج في تعيينه إلى إفراز ، فإن الملكية تنتقل في الحال بمجرد العقد^(١) .

المبحث الثاني

الأشياء العامة والأشياء الخاصة(*)

(Domaine public et domaine privé)

٤٣ - التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة : للدولة وغيرها

(١) پلانبول وبيير ويككار ٣ فقرة ٥٩ .

(*) مراجع : Proudhon في التمييز العام الطبعة الثالثة حصة أجزاء سنة ١٨٤٤ - De Récy في التمييز العام الطبعة الثانية سنة ١٨٩٤ - Moutell رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ - Bernard رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Otto-Mayer في القانون الإداري الألماني الطبعة الفرنسية الجزء الثالث - Waline رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ - Pelloux رسالة من جرينوبل سنة ١٩٢٢ - Janse في المميزات لأموال التمييز العام سنة ١٩٢٨ - Huët-Ouyard رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - Dementhou في دواين الدولة سنة ١٩٣٩ - Duverger رسالة من بورجو سنة ١٩٤٠ - Moroger في تخصيص الأموال الإدارية للاستعمال العام سنة ١٩٤٢ .

وانظر في القانون المصري : محمد كامل مرسي بحث في مجلة القانون والاقتصاد والسنة التاسعة - محمد زهير جبرانة في حق الدولة والأفراد على الأموال العامة سنة ١٩٤٣ .

من الأشخاص الاعتبارية العامة أشياء عامة تملكها ، وقد تملك أيضاً أشياء خاصة . ولكل من الأشياء العامة والأشياء الخاصة مقومات وخصائص وأحكام تنفرد بها . فنستعرض كلا من هذين النوعين في شيء من الإيجاز ، إذ أن التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة هو أدخل في مباحث القانون الإداري ، ولكن التفتين المبدئي عرض لهذا التمييز فيها عرض له من تقسيمات الأشياء والأموال .

المطلب الأول

الأشياء العامة

(Domaine public)

٤٤ — نص قانوني : تنص المادة ٨٧ مدني (المعدلة بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على ما يأتي :

- ١ — تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص .
- ٢ — وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم . (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩ من المرفوع المتهدي على الوجه الآتي : « تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات المملوكة للدولة أو للأشخاص الممنوعة العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم . وتخرج هذه الأموال عن التعامل ، فلا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » . وفي لجنة المراجعة جعلت المادة فقرتين ، وعدلت الفقرة التالية حتى لا تتعارض مع المادة ١١١ من المشروع (م ٨١ مدني) ، وكذلك حذفت كلمة « المملوكة » من الفقرة الأولى تجنباً للأخطاء في هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال . فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المبدئي الجديد ، وصار رقمه ٨٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩ . وفي لجنة الشيوخ اقترح بعض مستشاري محكمة النقض تعديل النص بحيث يشمل الفقرات السبع الأولى من المادة ٩ من التفتين المبدئي السابق ، لأن مثل هذا التعديل يعمل حكم النص ينسحب على البرك والمستغلات المستصلحة المتصلة بالبحر والبحيرات المملوكة العمري ، والجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو الخير أو الإنسان سواء كانت الحكومة مكلفة بإدارتها أو بصرف ما يلزم حفظها وبها . ولم تر اللجنة حلاً للأخذ بهذا —

ويقابل هذا النص في التقنين المملوكي السابق المادتين ٩-١٠ / ٢٥-٢٦^(١).

« الاقتراح، مادام المعيار العام الذي وضعه النص سليماً ، والتزام هذا المعيار يفنى عن إيراد هذه الأمثلة التي اضطر واضعو التقنين السابق إلى ذكرها في عهد لم يكن النظام الإداري فيه قد استكمل مقوماته . ويمكن أن يقرر التقنين المملوكي للقاعدة العامة في هذا الشأن ، أما التفصيل فهو أدخل في نطاق القانون الإداري . وقد لاحظت اللجنة فضلاً عن ذلك ، فيما يتعلق بالجوامع وهي وقف بطبيعتها ، أن الوقف ولو كان غير نظام من النظم الخاصة يختلف تصويره عن تصوير الملك العام . وحل ذلك وافقت لجنة لمس الشيوخ على النص دون تعديل تحت رقم ٨٧ : ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التفسيرية ١ ص ٤٧٨ - ص ٤٨٣) .

ثم صدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ ، فعمل المباداة الأخيرة من النص على الوجه الآتي : « أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص » .

(١) التقنين المملوكي السابق م ٩ وطى : الأملاك المبرمة المخصصة للمنافع العامة لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ، ولا يجوز حيزها ولا بيعها - إنما الحكومة دون غيرها تصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر . وتشمل الأملاك الأميرية : أولاً - الطرق والشوارع والفتاخر والحواري التي ليست ملكاً لبعض أفراد الناس . ثانياً - السكك الحديدية وخطوط التفارقات المبرمة . ثالثاً - الحصون والقلاع والحدائق والأسوار والأراضي الداخلة في مناطق الاستحكامات ، ولو رخصت الحكومة في الانفتاح بها لمنفعة عمومية أو شخصية . رابعاً - الشواطئ والأراضي التي تتكون من طى البحر ، والأراضي التي يتكشف عنها المياه ، والمين والمراش والموارد والأرصعة والأحواض ، والبرك والمستنقعات المستصلحة المتصلة بالبحر مباشرة ، والبحيرات المملوكة المبرية . خامساً - الأنهار والتهيرات التي تمكن الملاحة فيها ، والترع التي على الحكومة إجراؤها ما يلزم لحفظها وبقياتها بمصاريف من طرفها . سادساً - المين والمراقب والأرصعة والأراضي والمباني اللازمة للانفتاح بالأنهار والتهيرات والترع المذكورة ولمرورها . سابعاً - الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان ، سواء كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقياتها . ثامناً - المقارنات المبرية ، مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لإقامة ول الأمر أو للنفارات أو للمهاجرات أو للمديرين ، وحل العموم كافة المقارنات المدة لمصلحة عمومية . تاسعاً - الترسات والتشكلات والأسلحة والمهمات الدينية والمراكب الحربية ومراكب النقل أو البريد . عاشراً - الدفرخانات العمومية والأنتيكخانات والكتبخانات المبرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكاً بالحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية . حادى عشر - نفود المبرية ، وحل وجه العموم كافة الأموال المبرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر .

م ١٠ م طى : يمد أيضاً من الأملاك المبرية المخصصة للمنافع العمومية سرقو تنطبق المتعلقة بالشوارع وجرارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الحربية ، وحل العموم كافة ما تقتضيه سرقو الاتفاق التي تستلزمها ملكية الأملاك المبرية المذكورة أو توجيهها للقوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ٧١ - ولا مقابل للنص في قانون الملكية العقارية اللبناني^(١).

ويلاحظ أن النص يتحدث عن « الأموال العامة » ناظرا في ذلك لا إلى الأشياء التي هي محل حقوق الدولة ، بل إلى حقوق الدولة على هذه الأشياء ، فصح أن تكون هذه الحقوق « أموالا » لأشياء . ويستوى في التقسيم الذي نحن بصدده أن يكون تقسيما للأشياء أو للأموال ، فكل شيء عام يكون حق الدولة عليه مالا عاما (domaine public) ، وكل شيء خاص يكون حق الدولة عليه مالا خاصا (domaine privé) . فنجري على أن التقسيم هو تقسيم للأشياء ، مع ملاحظة أنه في الوقت ذاته تقسيم للأموال على النحو الذي بيناه .

٥٤ - كيف نبت التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة : بدأ التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة في القانون الروماني ، فقد كان هذا القانون يميز بين الأشياء العامة (res publicae, loca publica) وهذه تبع للناس كافة ، وبين الأشياء المملوكة للخزانة (res fisci, res fiscales) وهذه كانت تعتبر في عهدة الإمبراطورية مملوكة للإمبراطور . وكانت الأشياء العامة قسمين : قسما تتمثل فيه المصلحة العامة كطرق المواصلات الرئيسية وهذا تبع للشعب الروماني بأكمله ، وقسما تتمثل فيه المصلحة المحلية كالمباني العامة

م ٢٥ مخطوط : أملاك الميرى ، كالاستحكامات والبن وغير ذلك ، لا تقبل أن تكون ملكا لأحد .

م ٢٦ مخطوط : كذلك الحال بالنسبة للأسواق المدة لمنفعة عمومية ، كالطرق والبناترو وشوارع المدن وغير ذلك .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٧١ (مطابق) ، فيما عدا أن التقنين العراقي لا يشمل في الفقرة الأولى عبارة « أو مرسوم » .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

للبلديات وهذا يكون الدومين العام للإقليم (*communia civitatum*) . على أن الرومان كانوا يخلطون بين الأموال العامة والأموال الخاصة للوحدات الإقليمية ، وكانوا يعتبرون بعض الأموال العامة أموالا مباحة (*res communes*) *omatum* كساحل البحر ، وبعضها أموالا مقدسة (*res divini juris*) كالمعابد والمدافن . ولكنهم كانوا يرتبون النتائج القانونية على فكرة تخصيص الأموال العامة لمنفعة الجمهور ، فكانوا يمنعون التصرف في هذه الأموال ولا يجوزون تملكها بالتقادم . وكان بعض فقهاء القانون الروماني يذهبون إلى أن حق الدولة على الأموال العامة هو حق ملكية ، إذ كانت الدولة تملك ثمار هذه الأموال ، وإذا كان المال مملوكا للدولة قبل صيرورته مالا عاما فيبقى على ملكية الدولة بعد أن كسب صفة المال العام (١) .

وبقي التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة قائما في القانون الفرنسي القديم ، واستمر إلى عهد الثورة الفرنسية . فالأشياء العامة كانت تشمل طرق المواصلات البرية والنهرية وشواطئ البحار ، أما الأشياء الخاصة فكانت مملوكة للملك وكانت تدعى بالدومين الملكي (*domaine royal*) أو دومين التاج (*domaine de la Couronne*) ، وتشمل الأراضي والغابات والتصور وغير ذلك من ضروب الأموال المختلفة ، وتمثل قسما هاما من موارد الدولة . ولم يكن دومين التاج ملكا خاصا للملك بالذات ، وإلا كان يستطيع التصرف فيه وكان يورث عنه ولو كان الوارث غير الملك الذي خلفه فيفقد دومين التاج بذلك مهمته الرئيسية من توطيد سلطان الملوك المتعاقبين . لذلك سرعان ما تقرر في أول عهد الملكية أن دومين التاج لا يورث بل ينتقل إلى الحائس على العرش من ملوك فرنسا ، ولا يجوز التصرف فيه وتأيد ذلك بأمر صدر في ١٣ مايو سنة ١٥٦٦ في عهد الملك شارل التاسع ويعرف بأمر دي مولان (*Ordonnance de Moulins*) ، ويسرى حظر التصرف على جميع دومين التاج ما ورثه الملك منها وما اقتناه بعد ذلك . ثم عزز ذلك بعدم جواز تملك دومين التاج بالتقادم ، وتأيد هذا المبدأ بالمنشور الصادر في أبريل سنة ١٦٦٧ . واعتبر

(١) انظر في ذلك جيرار في القانون الروماني الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٢٩ ص ٢٦٠ -

ص ٢٦١ - أرنانجيدرويز في نظم القانون الروماني الطبعة الثالثة ناهول سنة ١٩٣٢ ص ١٦٢ -

في مبدأ الأمر بحق الملك على دومين التاج حق ملكية ، ومن ثم كان الملك يستطيع أن يفرض ما يشاء من الإتاوات والرسوم على استعمال الناس لهذا الدومين والانتفاع به ، وكانت هذه الإتاوات والرسوم عنصراً هاماً من عناصر مالية الملك وميزانيته . ولكن ما لبث الفقهاء في أواخر القرن السابع عشر ، وخاصة لوازو (Loyseau) ودوما (Domat) ، أن ميزوا في دومين التاج طائفة من الأموال اعتبروها مخصصة لمنفعة الناس جميعاً ويقتصر سلطان الملك بالنسبة إلى هذه الأموال على ولاية الإشراف عليها وحفظها وصيانتها ، فليس له أن يحرم الجمهور من الانتفاع بها أو يقيد من استعمالها برسم أو إتاوة .

ثم نشبت الثورة الفرنسية ، وحلت سيادة الأمة على سيادة الملك ، وأصبح دومين التاج هو دومين الأمة القوي (domaine national) ، وورد ذلك في الذكريتو الصادر فيما بين ٢٢ نوفمبر وأول ديسمبر سنة ١٧٩٠ . وقد بينت المادة الأولى من هذا الذكريتو الدومين القوي وهو ما كان يعرف قبلاً بدومين التاج كما قدمنا ، ثم بينت المادة الثانية من الذكريتو الدومين العام (domaine public) وقد شمل الطرق العامة وشوارع المدن وميادينها والأنهار والترع الصالحة للملاحة وشواطئ البحر والأراضي التي تتكون من طمي البحر وتلك التي تنحسر عنها مياهه والمرافئ والمراسي والموارد وبوجه عام كل جزء من الأرض لا يقبل أن يكون عملاً للملكية الخاصة . وأراد ذكريتو سنة ١٧٩٠ أن يقارب ما بين الدومين القوي والدومين العام ، بأن جعل كلا منهما مملوكاً للأمة .

ولكن التقنين المدني الفرنسي خلط ما بين الدومين القوي والدومين العام وجعلهما شيئاً واحداً ، فأورد في المواد ٥٣٨-٥٤١ منه مشتعلات الدومين القوي (وهو الدومين الخاص) إلى جانب مشتعلات الدومين العام، وجعلهما جميعاً وحدة شاملة مملوكة للدولة . وهو لم يقصد في هذه النصوص أن يميز ما بين الدومين العام والدومين الخاص ، وإنما قصد أن يقرر أن كل أملاك الدومين ، عاماً كان أو خاصاً ، هي ملك الدولة .

ولمّا كان التمييز بين الدومين العام والدومين الخاص هو من عمل الفقهاء ، وبخاصة الغتية پرودون (Proudhon) الذي كان أستاذ القانون المدني وعميد

كلية الحقوق بديجون . فقد وضع كتابه المعروف في اللومين العام في سنة ١٨٣٣ (الطبعة الثانية في سنة ١٨٤٤) ، ويميز فيه ما بين اللومين العام (domaine public) وهو ما خصص للمنفعة العامة وهو في جوهره دومين حماية (domaine de protection) ولا يعتبر مملوكا لأحد وإنما تحوزه الدولة باسم الجمهور ولمصلحته فهي وكالة عن الجمهور في حفظه وصيانه ، وبين اللومين الخاص (domaine privé) أو دومين الملكية (domaine de propriété) وهو مملوك للدولة ، ملكية خاصة ولها أن تنصرف فيه وأن تنزع به وهو قابل لأن يتملك بالتقادم ، وذلك بخلاف اللومين العام فهو غير قابل للتصرف فيه ولا يجوز تملكه بالتقادم (١) .

(١) هذا هو أصل التمييز ما بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي قديمه وحديثه .

أما في الشريعة الإسلامية ، فهناك أموال لا يجوز تملكها ولا تملكها ، وتشمل المال التي أعدت لحفظ المذود والنفوس من قلاع وحصون ومراقب وما يتصل بها من المعدات اللازمة لها . وتشمل كذلك ما جعل للمنافع العامة ، كالطرق النافذة والشوارع والقناطر والجسور المعدة للانتفاع العام ، وذلك مادامت هذه الأشياء مخصصة للمنفعة التي أعدت لها ، فإذا تغير وصلها واسمها تبعا لتغير مصلحتها بأن صارت شيئا آخر ، أو أخرجت عما كانت قد أعدت له ، تغير حكمها تبعا لذلك (أحمد إبراهيم في المعاملات الشرعية ص ١٠ - حل الخفيف ص ٣٥ - محمد أبوزهرة ص ٦٤) . أما المسجد فهو وقف بمجرد جعله مسجداً على قول أبي يوسف ، أو بمجرد الصلاة فيه على قول أبي حنيفة ومحمد . وكذلك يعتبر وقفاً للسقاية والرباط والمغيرة والخان ، إذا رصدها أصحابها لمنفعة الناس (أحمد إبراهيم في المعاملات الشرعية ص ٤٤٣ وما بعدها) .

فهنا نرى الشريعة الإسلامية تميز بين الأشياء العامة كالطرق والشوارع والقناطر والجسور والنفقات والحصون والمراقب ، وبين الأشياء الموقوفة كالمسجد والسقاية والرباط والمغيرة والخان . ثم تميز أيضاً الأموال المباشرة كصيد البر واليسر وأشجار القنابات وما في مبادئ الأرض من الغلات ، فمن استولى على شيء منها فهو ملكه ويورثه . ويعتبر مالا مباحا الماء والكحل (أي الحشيش الذي ينبت في الأرض بنفسه من غير أن يبلته أحد) والنار ، وقد قال عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاثة ، الماء والكحل والنار . وشركة الناس في هذه الأشياء الثلاثة شركة لمباشرة لا شركة ملك . فالأول مال مباح ، ولكل أن ينفع به مع اشتراط عدم الإضرار بغيره ، فإذا أضرمت صار مملوكا . والكحل مال مباح ، ومن أحرزه ملكه ، وليس لملك الأرض الذي ينبت فيها الكحل أن يمنع أي إنسان من إحرازه وإن كان له الحق في منع الناس من الدخول في أرضه . والنار مال مباح ، يستضاء بضوئها ، ويصطلى بها ، ويوقد من طينها ، وتحاطب الشياح حولها . فمن أوقد ناراً في مغارة فإنها تكون شركة بينه وبين الناس جميعا فيما تقدم ، وإن أوقدها في موضع مملوك له كان له أن يمنع الناس من الدخول في ملكه لا من الانتفاع بتأثيره (أحمد إبراهيم في المعاملات الشرعية ص ٢٥) .

ونتقل ، بعد هذه العجالة التاريخية ، إلى تفصيل الكلام في الأشياء العامة ،
نفتكلم في المسائل الآتية : (١) التخصيص للمنفعة العامة هو معيار
الأشياء العامة . (٢) أمثلة للأشياء العامة أى الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ،
(٣) تكيف حتى الدولة في الأشياء العامة . (٤) الأحكام التى تخضع لها
الأشياء العامة .

§ ١ - التخصيص للمنفعة العامة هو معيار الأشياء العامة

٤٦ - معيار الأشياء العامة الذى أخذ به التقنين المرفى المعرفى هو

معيار التخصيص للمنفعة العامة - نيز المعايير الأخرى : لما صدر التقنين
المدنى المختلط ، كان الفقه الفرنسى لا يزال غير مستقر في المعيار الواجب
الأخذ به لتمييز الأشياء العامة من الأشياء الخاصة . فاشتمل هذا التقنين على
نصين ، أخذ في كل منهما بمعيار يختلف عن المعيار الآخر . فنص في المادة
٢٥ منه على أن « أملاك الميرى ، كالأستحكامات والمين وغير ذلك ، لا تقبل
أن تكون ملكا لأحد » فأخذ هنا بمعيار عدم قابلية الشيء للملك الخاص حتى
يكون شيئا عاما . ولكنه أخذ بعد ذلك بالمعيار الصحيح في المادة ٢٦ منه ،
إذ ينص على ما يأتى : « كذلك الحال بالنسبة للأموال المعدة لمنفعة عمومية ،
كالطرق والقناطر وشوارع المدن وغير ذلك » ، فأخذ بمعيار التخصيص
للمنفعة العامة .

ثم صدر التقنين المدنى الوطنى السابق ، فاشتمل هو الآخر على مادتين
في الأشياء العامة ، إذ نص في المادة ٩ منه على أن « الأملاك الميرية المخصصة
للمنافع العمومية لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ولايجوز
سحبها ولا بيعها ، إنما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو
أمر ، وتشمل الأملاك الميرية : (حادى عشر) نقود الميرى ، وعلى وجه
العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل
أو بمقتضى قانون أو أمر » . فأخذ التقنين المدنى الوطنى هنا صراحة بمعيار
« التخصيص للمنفعة العامة » . وتكرر الأخذ بالمعيار نفسه في المادة ١٠ من
هذا التقنين ، إذ تنص على أنه « بعد أيضا من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع

العمومية حقوق التطرق ... وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التي تستلزمها ملكية الأملاك البرية المذكورة أو توجيهها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية . فنصوص التقنين المدني الوطني جاء أكثر شمولاً وأشد إيضاحاً وأبعد مدى من نصوص التقنين المدني المختلط ، وهي متأثرة بما وصل إليه الفقه الفرنسي من نتائج في خصوص الأشياء العامة^(١) ، وبخاصة عندما صرحت هذه النصوص بأن اللومين العام لا يجوز تملكه بوضع اليد ولا يجوز حجزه ولا بيعه^(٢) .

وجاء بعد ذلك التقنين المدني الجديد ، فأخذ هو أيضاً بمقياس « التخصيص للمنفعة العامة » في عبارة واضحة صريحة ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٧ مدني فيما رأينا : « تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات .. التي تكون مخصصة لمنفعة عامة .. » . ولم يغفل التقنين المدني الجديد شيئاً من مزايا نصوص التقنين المدني الوطني ، بل جمعها كلها في عبارة موجزة واضحة ، وإنما تجنب تعداد الأشياء العامة الوارد في المادة ٩ من التقنين المدني السابق اكتفاء بما وضعه من معيار التخصيص للمنفعة العامة ، وهو معيار يضع تعريفاً عاماً لتعين

(١) وقد كان بيرودون Proudhon كما قدمنا هو أبرز الفقهاء الفرنسيين الذين ميزوا بين لومين الدولة (أي أموال الدولة الخاصة) واللومين العام، وقد قصر اللومين العام على الأشياء ذات المنفعة العام ، وبين خصائصه من عدم قابلية التصرف فيه وعدم جواز تملكه بالتقادم . وقد تأثر بارأ ، بيرودون أعلام الفقه المدني في ذلك الوقت ، وبخاصة أوبري ورو ودوجولويه ولوران ، هؤلاء استبدلوا بعبارة « لومين للدولة » عبارة « اللومين الخاص » ، وصاروا بذلك يميزون بين اللومين الخاص واللومين العام (محمد زهير جرافة ص ٤٤ هامش ٢) .

(٢) ونوه محكمة النقض بتقديم نصوص التقنين المدني الوطني في خصوص الأشياء العامة فقول : « أما المشرع المصري فقد كان أمامه ، وقت وضع القانون المدني الأول ، التماثل الفرنسي الذي اقتبس كثيراً من أحكامه ، وكذلك القانون المختلط . فتفادى التعويض والتصور اللذين لاحظهما ، وأفرد للأملاك العامة مواد خاصة أقر فيها ببيان شامل كامل للأموال المخصصة للمنفعة العامة لا يمكن أن يكون محلاً لبس أو إيهام . فإنه بعد أن صدر المادة التاسعة من القانون المدني بنص قاطع في حصانة الأموال العامة ، بأن قرر صراحة أنه لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها لمدة المستظلية ولا يجوز حجزها ولا بيعها ، وإنما الحكومة دون غيرها أن تصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر ، حدد الأملاك الأميرية التي تسرى عليها هذه الأحكام في إحدى عشرة فقرة تناولت كل منها نوعاً من أنواع المنافع مستقلاً ومنفصلاً عما سبقه وما لحقه من الأنواع » (نقصر ملف ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٨) .

بمقتضاه الأشياء العامة دون حاجة إلى تعدادها^(١) . ومن ثم رأينا المادة ٨٧ مدني تنص على ما يأتي : ١ - تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص . ٢ - وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو حجز عليها ، أو تملكها بالتقادم . ويمكن ، من مراجعة هذا النص ، إجمال المزاي التي لم يغفلها التقنين المدني الجديد فيما يأتي : (١) صرح النص في عبارة واضحة بأن معيار الأشياء العامة هو التخصيص للمنفعة العامة . (٢) وبنى على معيار التخصيص للمنفعة العامة أن جعل الأشياء العامة تشمل العقارات والمنقولات على السواء ، فالمنقول كالعقار إذا خصص للمنفعة العامة كان شيئاً عاماً . (٣) وبين أن التخصيص للمنفعة العامة ، كما يكون بموجب قانون أو أمر ، يجوز أن يكون تخصيصاً فعلياً . (٤) وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٨٧ مدني يصرح بأن الأموال العامة هي مملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة ، فجاء صريحاً في أن حق الدولة أو للشخص العام على الأموال العامة هو حق ملكية . ولكن لجنة المراجعة حذفت كلمة « المملوكة » ، وذلك « تجنباً للأخذ برأى قاطع في هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال »^(٢) . (٥) وبالرغم من حذف كلمة « المملوكة » ، فقد بقي النص يميز بين الأموال العامة التي للدولة وتلك التي للأشخاص المعنوية العامة . ومقتضى ذلك أن النص اتخذ موقفاً صريحاً ، فجعل الأموال العامة متعددة ، بعضها للدولة وبعضها للأشخاص المعنوية العامة الأخرى . وهذا التعدد يتعارض مع فكرة الحراسة ، إذ لو لم يكن للدولة إلا الحراسة والحفظ والصيانة على الأموال العامة دون الملكية ، لاحتضى ذلك

(١) وقد رأينا أن بعض مستشاري محكمة النقض اقترح حل لجنة مجلس الشيوخ تعديل النص ، بحيث يشمل الفقرات السبع الأولى من المادة ٩ من التقنين المدني السابق . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، فإدام المعيار العام الذي وضعه النص سليماً ، والتزام هذا المعيار يعني عن إيراد هذه الأمثلة التي اضطرت واضعو التقنين السابق إلى ذكرها في عهد لم يكن النظام الإداري فيه قد استكمل مقوماته . ويمكن أن يقرر التقنين المدني التزاعمة العامة في هذا الشأن ، أما التفصيل فهو أدخل في نطاق القانون الإداري (انظر آتفا فقرة ٤٤ في الهامش) .

(٢) انظر آتفا فقرة ٤٤ في الهامش .

وحدة الأموال العامة لا تعلدها ، ولا ينتلزم ذلك عدم التمييز بين أموال عامة للدولة وأخرى للأشخاص المعنوية العامة دون الدولة . (٦) ولم يغفل النص أيضاً أن ينص صراحة على أهم ما يترتب من الأحكام في خصوص الأموال العامة ، فقال في الفقرة الثانية من المادة ٨٧ منقذ : « وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » (٧) .

ولم يكن معيار « التخصيص للمنفعة العامة » ، الذى أخذ به التقنين المذنى كما رأينا ، هو المعيار الذى ساد فى الفقه الفرنسى فى بداية الأمر . بل سبق هذا المعيار معايير ثلاثة لم تستقر ، وعدل عنها الفقه الإدارى الحديث إلى معيار التخصيص للمنفعة العامة . ولذلك يكون التقنين المذنى المصرى متمشياً مع أحدث تطورات الفقه الإدارى الحديث كما سبق القول .

وأول معيار ساد فى الفقه الفرنسى (٨) هو معيار عدم قابلية الشيء للملكية الخاصة ، قال به ديكورك (Ducreux) فى مؤلفه فى القانون الإدارى (٩) ، وتبعه فيه برتلى (Berthélemy) (١٠) . وهذا المعيار يرجع إلى طبيعة الأشياء ، فما كان منها غير قابل بطبيعته لأن يملك تملكاً خاصاً فإنه يدخل ضمن الأشياء العامة ، وذلك كالمطرق والأهبار والموانئ . وفى نظر أصحاب هذا المعيار تكون استحالة تملك الشيء تملكاً خاصاً هى المبرر لبعاده متميزاً عن الأشياء التى تقبل التملك الخاص ، ومن ثم يكون شيئاً عاماً وتسرى عليه أحكام الأشياء العامة وبخاصة عدم جواز التصرف فيه وعدم قابليته للتملك بالتقادم . ولكن صرحان ما لوحظ أن هذا المعيار ضيق أكثر مما يجب ، فإن كثيراً من الأشياء العامة ، كالمباني والسكك الحديدية والأسلحة والمهمات الحربية والمنقولات الأثرية والكتب المخزونة فى دور الكتب العامة وغير ذلك ، قابلة للتملك الخاص . وحتى هذه الأشياء التى يقال عنها إنها غير قابلة للتملك

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التصديرية ص ١٨٠ .

(٢) وقبل ذلك كان بعض الفقهاء ، ومنهم پرودون وتوليه وديرانسون ، يرددون عبارة التخصيص للنفع العام ، ولكنهم لم يقصدوا بذلك أن يضعوا معياراً دقيقاً للتمييز بين الدومين العام والدومين الخاص ، ولم يبنوا بالبحث عن هذا المعيار . وأول من صاغ بهذا البحث هو ديكورك .

(٣) الطبعة السابعة الجزء الرابع ص ٩٥ .

(٤) مؤلفه فى القانون الإدارى الطبعة الثالثة عشرة ص ٤٧٣ .

الخاص ، كالطرق والموانئ ، يمكن تصورها مملوكة للأفراد والشركات فكثير من الأفراد يملك طرقا يفتحها للجمهور ويحفظ ملكيتها فلا تنقل إلى الدومين العام وتعتبر طرقا خاصة ، كما يمكن أن نتصور أن شركة خاصة تستأجر ملكية إحدى الموانئ فلا تدخل هذه الميناء في الدومين العام^(١) .

لذلك عدل عن هذا المعيار الضيق إلى معيار أوسع ، هو تخصيص الشيء لاستعمال الجمهور (affectation de la chose à l'usage de tous) ، فيكون الشيء عاما إذا كان مخصصا لاستعمال الجمهور بطبيعته كما هي الحال في الأنهار ، أو بإرادة السلطة العامة كما هي الحال في الطرق . ومن يأخذ بهذا المعيار كولان وكايتان ودي لامونداندير^(٢) ، ويرتبون على الأخذ به إدخال بعض المباني المملوكة للدولة والأشخاص المعنوية العامة ضمن الدومين العام ، وهي المباني المخصصة لاستعمال الجمهور كالمدارس والجامعات ومباني أوزارات والمصحات والمستشفيات والسجون والمحاكم والبورصات والمتاحف والساحانات والأسواق والمدافن والمعابد وما إلى ذلك . ولكن المعيار يفتقر عن بعض العقارات وكثير من المنقولات التي يجب اعتبارها داخلة في الدومين العام . ومن أجل ذلك عدل عن هذا المعيار أيضاً ، واتخذ معيار آخر هو معيار

تخصيص الشيء لمرفق عام (affectation de la chose au service public) ، ومن أخذوا بهذا المعيار ديجي^(٣) وچيز^(٤) . فليدخل ، بحسب هذا المعيار ، ضمن الدومين العام أشياء لا تكون مخصصة لاستعمال الجمهور المباشر ولكنها تكون مخصصة لخدمة مرفق عام ، ومن ذلك المنقولات التي ليست مخصصة لاستعمال الجمهور وعدد كبير من المباني التي لم تخصص لاستعمال الجمهور المباشر ولكنها خصصت لخدمة مرفق عام . ولكن المعيار مع ذلك يفتقر عن أشياء يكون

(١) بلانجول وريير وبيكار ٣ فقرة ١١٨ ص ١٢٥ - ١٢٦ .

(٢) كولان وكايتان ودي لامونداندير ١ فقرة ٩٥٣ ص ٧٦٤ - ويأخذ أوبري ورو بمعيار تخصيص الشيء لاستعمال الجمهور ، وكذلك بمعيار تخصيص الشيء لمرفق عام الذي ساق ذكره ، ويأخذان بهذين المعيارين معاً في وقت واحد (أوبري ٢٠٠ فقرة ١٦٩ ص ٥٣ - ص ٥٤) .

(٣) القانون الدستوري الجزء الثالث الملحق الثالثة ص ٣٤٨ .

(٤) مقال المنشور في مجلة القانون العام سنة ١٩١١ ص ٢١٠ وسنة ١٩٢١ ص ٣٦٤ -

الانضاع بها علما ولكن من غير طريق المرفق العام ، وذلك كمحلات العبادة في فرنسا فهذه قد خصصت للمنفعة العامة دون أن تعتبر العبادة مرفقاً عاماً بعد فصل الكنيسة عن الدولة في سنة ١٩٠٥^(١) .

وانتهى الرأى أخيراً إلى اتخاذ معيار « تخصيص الشيء للمنفعة العامة » (*affectation de la chose à l'utilité publique*) ، وهو الرأى الذى استقر فى آخر تطورات الفقه الإدارى ، وأخذ به من فقهاء القانون الإدارى هوريو ورولان وفالين^(٢) . وبهذا المعيار أخذ التقنين الملى المصرى كما رأينا ، فاشى بذلك أحدث تطورات الفقه الإدارى كما سبق القول . وسنورد فيما على أمثلة كثيرة للأشياء التى تعتبر داخلة ضمن الدومين العام طبقاً لهذا المعيار ، حتى نحدد المعيار تحديداً واضحاً عن طريق تطبيقاته المتعددة . ونذكر الآن أن الدولة (أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى) تخصص الشيء للمنفعة العامة ، فننقله من الدومين الخاص إلى الدومين العام ، عن طريق رسمى بموجب قانون أو ما يقوم مقامه ، أو عن طريق فعل . كذلك يجوز للدولة (وللأشخاص المعنوية العامة الأخرى) أن تخصص شيئاً مملوكاً للأفراد للمنفعة العامة فتدخله ضمن الدومين العام ، ولكن بشرط فى ذلك أن ينتقل الشيء للمملوك للأفراد أولاً إلى ملكية الشخص المعنوى العام بسبب من أسباب كسب للملكية فيدخل فى الدومين الخاص ، ثم ينتقل بعد ذلك إلى الدومين العام بطريق رسمى أو بطريق فعل . فنبحث إذن المسائل الثلاث الآتية :

(١) تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق رسمى . (٢) تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق فعل . (٣) تخصيص الشيء للمملوك للأفراد للمنفعة العامة .

(١) كبولان وكاليجان ودى لامورالدير ١ فقرة ٩٥٤ ص ٧٦٥ .

(٢) هوريو فى القانون الإدارى الطبعة الحادية عشرة ص ٦٤٦ - رولان فى موجز القانون الإدارى الطبعة الثانية سنة ١٩٢٨ فقرة ٥٠١ - فالين فى القانون الإدارى الطبعة السادسة ص ٥٠٨ . هذا وقد أعطت لجنة تنقيح التقنين الملى الفرنسى ، فى جلسة ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧ ، بمبارى تخصيص الشيء لاستعمال الجمهور وتخصيص الشيء لمرفق عام فى وقت واحد .

٤٧ — تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق رسمي : يقبل أن يكون الطريق الرسمي هو الطريق الذي يختار في الأشياء التي تعد لإعداداً خاصاً للمنفعة العامة ، وذلك كالمباني العامة والاستحكامات^(١) . أما الأشياء المهيأة بطبيعتها للمنفعة العامة ، كالطرق وشواطئ البحار والأنهار ، فلا تحتاج إلى الطريق الرسمي ، إذ هي بطبيعتها مخصصة فعلاً للمنفعة العامة .

وإذا اختر الطريق الرسمي ، فهذا الطريق يتمثل في أن تستصدر الدولة أو الشخص المعنوي العام (كالحافظات والمدن والقرى والهيئات العامة) قانوناً أو مرسوماً (قراراً جمهورياً) ، بحسب ما توجهه النظم المعمول بها من استصدار قانون أو قرار جمهوري ، مخصص بموجبه للمنفعة العامة شيء داخل في الدومين الخاص للدولة أو الشخص المعنوي العام ، فيصبح هذا الشيء الذي خصص للمنفعة العامة داخلاً ضمن الدومين العام بموجب القانون أو القرار الجمهوري الذي صدر في هذا الشأن .

وليس يلزم أن تكون الأداة الرسمية التي تنقل الشيء من الدومين الخاص إلى الدومين العام قانوناً أو قراراً جمهورياً ، بل يجوز أن تكون الأداة دون ذلك بحسب ما تقضى به النظم المعمول بها ، فيجوز أن تكون قراراً من مجلس الوزراء أو قراراً وزارياً . وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٨٧ مدني في أصلها تقول : « تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للشخص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم » ، فصدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ يضيف إلى آخر الفقرة العبارة الآتية : « أو قرار من الوزير المختص » . وهذه الإضافة ، كما نرى ، لا تزال قاصرة ، إذ يجوز أن تكون الإدارة الرسمية قراراً من مجلس الوزراء . وقد قضت محكمة النقض بأن الأرض لا تعتبر أثرية إلا إذا تقرر

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عبارة الذكرته الصادر في ٣ من أغسطس سنة ١٩٠١ ومذكرته التفسيرية تقطعان بأن الفرض منه هو أن تكون منطقة بحيرة مربوط هي وما تالمها من الأراضي الميئة بالرسم الملحق به خزاناً تنصب فيه مياه الصرف والأمطار ، حتى لا تطفئ هذه المياه على الأراضي المجاورة ، فهي لذلك من الأموال العامة (نقض مدني ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٣ - وقارن نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٥) .

ذلك من قبل الحكومة ، أى صدر به قرار من مجلس الوزراء ، أو على الأقل من قبل وزير الأشغال المكلف بتنفيذ قانون الآثار فيما يخصه بمقتضى المادة الثمانية والعشرين منه^(١). بل إن أى قرار إدارى يكفى لإلحاق الشيء بالدومين العام ، إذا نص القانون على ذلك^(٢). ومن هذا ما نصت عليه المادة الرابعة من القرار التنفيذى لذكرى التنظيم الصادر فى ٨ سبتمبر سنة ١٨٨٩ من أن لمجلس التنظيم إلحاق الطرق بالمنافع العامة ، ويعنى ذلك أن قرارا من مجلس التنظيم يكفى لنقل الطريق من الدومين الخاص إلى الدومين العام^(٣).

٤٨ — تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق فعل : وقد لا تلجأ الدولة أو الشخص المعنوى العام إلى الطريق الرسمى لنقل شيء من الدومين الخاص إلى الدومين العام ، بل تلجأ إلى الطريق الفعلى ، فتعتمد بذلك على الواقع فعلا دون حاجة إلى استصدار قانون أو أية أداة رسمية أخرى . وسيلها إلى ذلك هو أن يهب الشيء الذى كان مملوكا لها ملكية خاصة ليكون صالحا للمنفعة العامة ، وترصده فعلا لهذه المنفعة ، فيصير الشيء بموجب هذا التخصيص الفعلى داخلا ضمن الدومين العام وقد أنتقل إليه من الدومين الخاص . مثل ذلك أن تخصص زوائد التنظيم لمروء أصحاب المنازل الواقعة عليها ، وتكون لا تصلح إلا لذلك لوجود استحالة فنية في تجزئتها وإضافتها إلى الملاك المجاورين ، فتصبح هذه الزوائد بموجب هذا التخصيص الفعلى

(١) نفس مدق ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣١ ص ٦١١ .

(٢) انظر اشتقاق مخطط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ .

(٣) محمد زهير جريدة ص ١٦٠ هامش ١ — وقد تكون الأداة الرسمية شيئا آخر كما نادى البرلمان : انظر م ١٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ الذى تتطلب املاك البرلمان مقدما فى إنشاء أو إبطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترح والمصارف وسائر أعمال الرى التى تهم أكثر من مديرية — أو أخذ رأى إحدى الهيئات : انظر م ٨ و ١١ و ١٢ و ١٣ من القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٣٤ الذى كان خاصا بمجالس المديريات ، وتوجب هذه النصوص أخذ رأى مجلس المديرية فى إنشاء أو إبطال الترح والمصارف العمومية الخاصة بالمديرية دون سواها ، وفى إنشاء طرق المواصلات البرية أو المائية أو الحديدية متى كانت خاصة بالمديرية دون سواها ، وكذلك فى إبطال تلك الطرق أو تعديل خطوطها ، وفى إنشاء المباني الداخلة فى أملاك الحكومة العامة أو تخصيصها أو تغيير مصلها أو إلزائها . انظر محمد زهير جريدة ص ١٦٠ — ص ١٦١ .

طريقاً عاماً يدخل ضمن النومين العام ولو لم يصدر بذلك قانون أو أمر^(١) وواقعة التخصيص الفعل للمنفعة العامة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق وتدخل فيها القرائن . فإثبات أن أرضاً قد أصبحت مقبرة عامة يكفي فيه إثبات أن هذه الأرض قد خصصت بالفعل للدفن وأن الدفن يجري فيها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا الصدد بأن هناك قرينة على تبعية الأرض للمنافع العامة مرجعها استعمال الأرض فعلاً في تلك المنفعة ، ومن القرائن التي تدل على تبعية الأرض للمنفعة العامة الإشارة إليها في خريطة المساحة باعتبارها جيانة للمسلمين ، وإن كانت المادة ٤ من ذكريتو ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٩ تنص على أن عمليات المساحة لا يمكن أن تؤثر في مسائل الملكية أو تضر بحقوق الأفراد فيستخلص من ذلك أن ليس لخرط المساحة قيمة سندات الملكية قانوناً ، إلا أنه لا يمكن القول بعدم جواز الاستئناس بها كمعصر من عناصر التقدير في دعوى تقبل فيها جميع طرق الإثبات^(٢) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك بأنه لا يشترط صدور مرسوم بعمومية ترعة لتتوافر لها هذه الصفة التي تدل على قيامها ظروف إنشائها والانتفاع العام بها^(٣) ، وبأنه للمطالبة بمال باعتباره من الأملاك العامة للدولة كالأراضي المكونة لقاع البحيرات ، ليست الدولة في حاجة لتقديم مستند ، بل يكفيها أن تتمسك بطبيعة هذه الأشياء نفسها ، أو بواقعة تخصيصها للاستعمال العام أو لرفق عام معين أو لحاجات ضرورية لحياة الدولة^(٤) .

ولمحكمة النقض الرقابة على الوصف الذي تستخلصه محكمة الموضوع مما تحصله من الوقائع فيما يتعلق بأن الشيء قد دخل في النومين العام لتخصيصه بالفعل للمنفعة العامة^(٥) .

(١) المصودة الكلية الوطنية ٤ يناير سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ٤٩٤ ص ١٢٧٢ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ .

(٣) استئناف مخطوط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢١٢ .

(٤) استئناف مخطوط ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ - انظر محمد زهير جرة

ص ١٦٢ هامش ٢ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن قاضي الموضوع حر في تقدير الوقائع الثابتة لديه ، ولكن لمحاكمة النقض أن تتدخل في صورة ما إذا كانت النتيجة التي استخلصها من تلك الوقائع لا تتفق مع موجب هذه الوقائع قانوناً ، فإن هو قضي بأن قطعة ما من الأرض تعتبر من -

٤٩ - تخصيص الشيء للملك أو أفراد المنفعة العامة : وفي كل ما قدمناه

كنا نفترض أن الدولة أو الشخص المعنوي العام إنما ينقل الشيء من الدومين الخاص للملك له إلى الدومين العام ، ولم يكن هذا من شأنه أن ينقل الشيء من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى ، فالشيء في الحالتين يبقى مملوكا للدولة أو للشخص المعنوي العام ، وإنما أصبح بدخوله في الدومين العام خاضعا لأحكام تختلف عن تلك التي كان تخضع لها عندما كان في الدومين الخاص^(١). والآن نفترض أن الدولة أو الشخص المعنوي العام قصد أن ينحصر للمنفعة العامة شيئا ليس في ملكه (أى ليس في الدومين الخاص) ، بل هو مملوك للأفراد ، مثل ذلك أن تقصد الدولة تحويل طريق خاص مملوك لأحد الأفراد إلى طريق عام . فهنا يجب أن تمر العملية بمرحلتين : (المرحلة الأولى) أن تنقل الدولة أولا الطريق الخاص إلى ملكيتها الخاصة فيصبح الطريق داخلا في الدومين الخاص . (المرحلة الثانية) أن تخصص الدولة ، بعد أن يصبح الطريق في الدومين الخاص ، هذا الطريق للمنفعة العامة بطريق رسمي أو بطريق فعلي على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، وعند ذلك يدخل الطريق في الدومين العام . فلا يجوز إذن أن تعد الدولة إلى الطريق الخاص وتدخله مباشرة في الدومين العام ، قبل أن تنقل ملكيته إليها فيدخل أولا في الدومين الخاص ومنه ينتقل إلى الدومين العام . ولو فعلت الدولة ذلك ، وتخصصت الطريق رأسا للمنفعة العامة قبل أن تنقل ملكيته إليها ، لكان هذا غريبا غير مشروع .

بقى أن نحدد كيف تنتقل ملكية الشيء المملوك لأحد الأفراد إلى دومين

= أملاك الحكومة الخاصة ، ورأت محكمة النقض أن القوانين التي اتخذها أساسا حكه توجب اعتبار هذه القطعة مخصصة للمنفعة العامة ، كان حكه غاططا في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٢ المبحورة الرسمية ٣٣ رقم ٢١١ ص ٤٣٤) . وجاء في أسباب هذا الحكم : « حيث إنه يستخلص من تقرير الخبير ومن الرسم المرفق به المقدمين لهذه المحكمة أن أرض الزرايع تدخل ضمن قطعة أرض خصصت بالفعل من زمن للمنفعة العامة ، وعملت عليها خريطة في سنة ١٩١٤ أجهز الخبير تطبيقها فانطبقت ، وأن الأرض جيمها مسورة تقريبا من جميع جهاتها بمعرفة مصلحة السكة الحديدية ، وأن القطعة المتنازع عليها واقعة بين شريط السكة الحديدية ومساكن عمال الدورية . وحيث إن هذه البيانات . . . تدل دلالة واضحة على أن أرض الزرايع مخصصة بالفعل للمنفعة العامة وأنه لا حاجة لاستصدار مرسوم بقانون بإخراجها من الأملاك المخصوصية .. بل إنها يمكن تخصيصها لها بالفعل » .

الدولة الخاص ، تمهيداً لتخصيصه بعد ذلك للمنفعة العامة وإدخاله في الدومين العام . يكون ذلك عادة بالطرق المعروفة لكسب الملكية في القانون المدني ، والطرق التي يمكن تصورها هنا هي العقد والاتصاق والتقدم . فيجوز للدولة أن تشتري الشيء المملوك لأحد الأفراد من صاحبه ، فتقتل ملكية الشيء إلى الدومين الخاص بموجب عقد الشراء ، ثم تخصصه الدولة بعد ذلك للمنفعة العامة فيدخل في الدومين العام . كذلك يجوز أن تملك الدولة الشيء عن طريق الاتصاق ، فيصبح ملكاً لها ويدخل في الدومين الخاص مع دفع التعويض الواجب قانوناً لذلك الأصل ، ثم تخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة . ويجوز أخيراً أن تملك الدولة الشيء المملوك لأحد الأفراد عن طريق التصادم ، وهذا يقع كثيراً ، فإذا تم التصادم وأصبحت الدولة مالكة للشيء فدخل في الدومين الخاص ، خصصته بعد ذلك للمنفعة العامة فيدخل في الدومين العام (١) .

على أنه يضاف إلى طرق كسب الملكية المقررة في القانون المدني ، بالنسبة إلى الدولة وإلى الأشخاص المعنوية العامة ، طريق نزع الملكية للمنفعة العامة . فيجوز للدولة وللمحافظات والمدن والقرى والهيئات العامة وغير ذلك من الأشخاص المعنوية العامة أن تنزع ملكية الأفراد بموجب إجراءات رسمها القانون ، لقاء تعويض رسم القانون أيضاً طريقة تعليده . فإذا لجأت الدولة أو الشخص المعنوي العام إلى طريق نزع الملكية ، فإنه ينقل بهذا الطريق الشيء المملوك لأحد الأفراد إلى ملكه الخاص (الدومين الخاص) أولاً ، ثم يخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة ، فيدخل ضمن الدومين العام (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف للوطنية بأن مجرد امتثال قطعة أرض لمرور العامة لا يكفي لجعلها طريقاً عاماً ، ويجب على الحكومة ، إذا ادعت أن قطعة أرض صارت بمعنى المدة طريقاً عاماً ودخلت ضمن الأملاك المخصصة للمنافع العامة ، أن تثبت وضع يدها عليها المدة القانونية بطريقة ظاهرة ومستمرة ، كأن تثبت مثلاً أنها وصفت هذه الأرض أو جعلت فيها ممشى أو غرست أشجاراً أو مدت أنابيب غاز أو أقامت عليها المصانع (استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٠ ص ٢٣) .

(٢) ويقول الأستاذ محمد زهير جرابنة في هذا الصدد : « ويلاحظ ، خلافًا لما يعتقده الكثيرون ، أن نزع ملكية المقار للمنفعة العامة لا يستتبع حتماً اعتبار المقار من الأموال العامة ، فليس هناك تلازم حتمي بين دواعي المنفعة العامة التي تقتضي نزع الملك عن بعض الأفراد وبين »

فلذا لم يلجأ الشخص المعنوي العام إلى إجراءات نزع الملكية ، ولم يلجأ في الوقت ذاته إلى أى طريق آخر من طرق كسب الملكية التى سبق ذكرها حتى يضيف الشيء المملوك لأحد الأفراد إلى ملكه الخاص تمهيداً لتخصيصه بعد ذلك للمنفعة العامة فينتقل إلى الدومين العام ، إذا لم يلجأ إلى شيء من ذلك بل عمد رأساً إلى تخصيص الشيء للمنفعة العامة ، قاصداً بملك نقله مباشرة من ملكية مالكه الأصلي إلى الدومين العام ، فهذا هو الغصب غير المشروع كما قدمنا . وبالرغم من أن هذا غصب غير مشروع ، فإن محكمة النقض مع ذلك لا تعرض لعدم صحة دخول الشيء في الدومين العام ، وتكتفي بالحكم بتعويض المالك الأصل . وقد قضت في هذا المعنى بأن المالك الذى اغتصب ملكه ، وأضيف إلى المنافع العامة بغير اتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية ، حق مطالبة الحكومة بمائدة تعويضية مقابل ريع الأرض التى نزع ملكيتها منه جبراً عنه^(١) . ويؤخذ على هذا المبدأ الذى قرره محكمة النقض أن المحكمة لا تقيم وزناً لواقعة الغصب ، ويستوى طبقاً لهذا المبدأ المالك الذى نزع ملكيته طبقاً للإجراءات التى رسمها القانون والمالك الذى غصب الشيء المملوك له دون اتباع الإجراءات القانونية ، فكلاهما يقتصر حقه على التعويض ، الأول عند اتخاذ الإجراءات القانونية لنزع ملكيته ، والثانى عند ما يقاضى

«اعتبار العقارات المنزوعة أموالاً عامة . ذلك أن صفة العمومية في المال وليدة تخصيصه للانتفاع العام به . أما دواعي المنفعة العامة في نزع الملكية فقد تتحقق وتستوفى غايتها من غير حاجة إلى إسباغ صفة العمومية على العقارات المنزوعة ، وإن كان يوجب في العمل أن اللجوء إلى نزع الملكية يراد به إلحاق العقارات المذكورة بالأموال العامة .. وعلى هذا فيشترط لصيرورة المقار في هذه الصورة من الأموال العامة أن ينص في مرسوم نزع الملكية على تخصيصه للمنفعة العامة ، أو تخصيصه بالفعل باعتبار أنه أصبح من أموال الدولة لهذه المنفعة ، وإلا اعتبر من الأموال الخاصة» (محمد زهير جرافة ص ١٧٤) - وانظر أيضاً هوريو في موجز للقانون الإداري الطبعة الحادية عشرة ص ٧٢٥ - أوتوماير في القانون الإداري الألماني الترجمة الفرنسية جزء ٣ طبعة سنة ١٩٠٥ ص ٥٢ - جانس فقره ٢٤٤ - فقره ٢٤٥ - محمد كامل موسى في مقاله عن الأموال الخاصة والعامة ص ٧٨٢ وص ٧٨٤ .

(١) نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٠ ص ٢٣٤ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٣ ص ٢٩٠ - ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥١ ص ١٤٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ الهاماة ١٩ رقم ٢٧ ص ٤٨ - ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٥٥ .

الشخص العام على أثر الغصب . وكان الواجب التمييز بين الحالتين ، ففي الحالة الأولى ، إذا اتبعت الإجراءات التي رسمها القانون ، كان انتقال الشيء إلى الدومين العام صحيحاً ، واقتصر حق المالك الأصلي على التعويض الذي يحصل عليه عند اتباع الإجراءات القانونية . أما في الحالة الثانية فالأمر يختلف ، إذ أن الشخص المعنوي العام قد غصب من المالك ملكه ولم يقع الإجراءات التي رسمها القانون ، فالواجب إذن اعتبار هذا الغصب عملاً غير مشروع وليس من شأنه أن يسلب المالك ملكه . ومن ثم يكون الشيء لا يزال باقياً على ملك صاحبه ، فلا يمكن إذن أن يكون قد انتقل إلى الدومين العام ، وتقضى المحكمة في هذه الحالة برد الشيء عينا إلى صاحبه مع التعويض إذا كان له محل . وعلى الشخص المعنوي العام ، إذا بقي مصرّاً على إلحاق الشيء بالدومين العام ، أن يبدأ أولاً باتباع الإجراءات القانونية لنقل ملكية الشيء إلى الدومين الخاص ، كأن يتخذ إجراءات نزع الملكية . فإذا تمت هذه الإجراءات وانتقل الشيء إلى الملكية الخاصة للشخص المعنوي العام ، عمد هذا إلى تخصيصه للمنفعة العامة فينقل بذلك إلى الدومين العام (١) .

§ ٢ - أمثلة للأشياء العامة أي للأشياء المخصصة للمنفعة العامة

٥٠ - قرارا للمجلس العام : أوردت المادتان ٩ و ١٠ من الترتيب للمدنى

(١) انظر في هذا المعنى محمد زهير جرائنة ص ١٨٣ - محمد كامل مرسى في مقاله عن الأموال الخاصة والعامة ص ٧٨١ - محمد علي حرقه فقرة ١١٥ - عبد المنعم الشرقاوي في شرح قانون المرافعات فقرة ١٢٥ ص ١٩١ - أسبوط الجزئية ٦ مايو سنة ١٩٢٠ المضافة ١٤ رقم ٣٣٠ ص ٦٥٢ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ المضافة ٢٠ ص ١٠٠٨ - وانظر هودير في القانون الإداري طبعة ١١ ص ٣١ - أوتومير ٣ ص ١٤٦ .

وهناك رأى يلعب إلى التمييز بين ما إذا ترتب على تخصيص المال المقصود للمنفعة العامة تغيير في معالته فيصبح نهائياً من الأموال العامة ولا تزول عنه هذه الصفة ويقتصر حق المالك الأصلي على المطالبة بالتعويض ، وبين ما إذا لم تتغير معالم المعلن بتخصيصها للمنفعة العامة فلا تلحقها صفة المال العام ولا يسقط عنها حق صاحبها وترد إليه عينا (محكمة استئناف أسبوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٢ المضافة ١٣ رقم ٣٦٠ ص ٧٢٥ - وحيد وأخت في القانون الإداري ص ١٠١٢) . وانظر في الرد على هذا الرأي محمد زهير جرائنة ص ١٨٤ وهاشم رقم ١ .

الوطني السابق ، كما رأينا^(١) ، تعدادا للأشياء العامة ، لا على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل . وقد أغفل التقنين المدني الحديد هذا التعداد اكتفاء بما وضعه من معيار التخصيص للمنفعة العامة ، وهو معيار يضع تحريفاً عاماً تصعب بمقتضاه الأشياء العامة دون حاجة إلى تعدادها^(٢) . ومع ذلك فإننا إذا أردنا إيراد أمثلة للأشياء العامة ، فإن هذا التعداد الذي أغفله التقنين المدني الحديد يشتمل على أمثلة كثيرة فيها كل الغناء . لذلك نعود إلى هذا التعداد على أن نحور في الترتيب الذي ورد في التقنين المدني السابق ، متوخين في هذا التحوير أن نرتب الأشياء العامة تبعاً لموقعها (أرضية ونهرية وبحرية) ، وتبعاً للأغراض التي أهدت لها (أشياء عامة حربية وأشياء عامة ذات غرض ديني أو خيرى ومبان أهدت لتكون مقراً للمصالح الحكومية) ، وتبعاً لطبيعة الشيء (المتقولات وحقوق الارتفاق) . وعلى هذا الأساس نورد التعداد على الوجه الآتي :

- ١- أشياء عامة أرضية ، الطرق والشوارع والقناطر والحواري ، والسكك الحديدية وخطوط التلغرافات (والتلفونات) .
- ٢- أشياء عامة نهرية : الأنهار والنهيرات التي تمكن الملاحه فيها ، والترع العامة (والمصارف العامة) ، والمدن والمراش والأرصعة والأراضي والمباني اللازمة للانتفاع بالأنهار والنهيرات والترع (والمصارف) ولمرورها .
- ٣- أشياء عامة بحرية : الشواطئ ، والأراضي التي تتكون من طمي البحر ، والأراضي التي تنكشف عنها المياه ، والمدن والمراسي والموارد والأرصعة والأحواض ، والبرك والمستنقعات المستمحة المتصلة بالبحر مباشرة ، والبحيرات المملوكة للميرى .
- ٤- أشياء عامة حربية : الحصون والقلاع والحدائق والأسوار والأراضي في مناطق الاستحكامات ، ولو رخصت الحكومة في الانتفاع بها لمنفعة عمومية أو خصوصية ، والترمانات والقشلاقات والألاجسة والمهمات الحربية والمراكب الحربية .

(١) انظر آتفا فقرة ٤٤ في المامش .

(٢) انظر آتفا فقرة ٤٦ .

٥ - أشياء عامة ذات غرض ديني أو خيرى : الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان ، والمرافق .

٦ - المباني الحكومية : العقارات الميرية ، مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لإقامة ولي الأمر أو للنظارات أو المحافظات أو المديريات ، وعلى العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية .

٧ - المنقولات : مراكب النقل أو البومسة (أو الطيارات) ، والدفترخانات العمومية والأنتيكخانات والكتبخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية ، وتقود الميرى .

٨ - حقوق الارتفاق : حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الحربية ، وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة ، أو توجيهها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية .
ونستعرض هذه الأشياء تباعا .

٥١ - أشياء عامة أرضية : تعتبر الطرق والشوارع والقطار والحوارى المخصصة للمنفعة العامة ، أى المخصصة لمروء الجمهور ، أشياء عامة . وتكون هذه الأشياء مخصصة للمنفعة العامة إما بموجب قانون أو ما يقوم مقامه وهنا هو التخصيص الرسمى ، أو بموجب التخصيص الفعلى ، بأن يكون الطريق أو الشارع مطروقا يمر فيه الجمهور من مدة طويلة ، أو أن تكون الإدارة قد تولت العناية بالطريق . أو الشارع فعبدته للمروء ورصفته وأنارته وغرست فيه الأشجار مثلا . ولا اعتبار طريق أو شارع مخصصا للمنفعة العامة ، لا يشترط أن توجد مصاحبة تنظم فى الجهة التى يوجد فيها الطريق أو الشارع ^(١) . ولا يشترط كذلك أن يكون الطريق أو الشارع على نفقة الحكومة كما تشترط ذلك المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القانون المدنى الأهلى قد أطلق النص الخاص بالطرق من كل قيد ومن كل شرط لإلعدم ملكية الأفراد لها ، فليس ثمة شرط الصرف على الطرق بمعركة الحكومة

(١) استئناف وطنى ٧ أبريل سنة ١٩١٤ للرائع ١ رقم ٣٠٩ ص ١٦٠ .

— كما جاء في القانون الفرنسي — من الشروط التي تمنع الإخلال بها من اعتبار هذه الطرق من المنافع العمومية ، ولا تحتاج إلى أوامر إدارية أخرى غير اعتبارها متروكة للتطرق^(١) . ويجوز للأفراد فتح طرق أو شوارع خاصة في ملكهم ، ويبقى الطريق أو الشارع ملكا خاصا لصاحبه ، ويدل على ذلك بعلامة مادية هو أن يسد طرفي الطريق أو الشارع بباب أو درابزين أو جنزير لمنع مرور الجمهور فيه (المادة ٩ من الأمر العالي الصادر في ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ في خصوص أحكام مصلحة التنظيم) . ويجوز أن ينتقل الطريق أو الشارع من ملك الفرد الخاص إلى اللومين العام ، وذلك بأن يتنازل المالك عن الطريق أو الشارع للحكومة وتخصصه هذه للمنفعة العامة ، وقد يكون التنازل ضمينيا كما لو أجرت الحكومة وضع النور أو الرصف وسكت المالك عن ذلك^(٢) . وللإدارة الحق في تعديل الطرق والشوارع العامة وفي إلغائها ، أما الملاك المحاورون للطريق العام فينحصر حقهم في تمكينهم من الوصول إلى

(١) نقض مدق ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ٩ رقم ٤٨ ص ٢٧٧ . وقد جاء في هذا الحكم بأن الفقرة الأولى من المادة التاسعة من القانون المدق (السابق) صريحة في اعتبار الطرق — بوصف أنها طرق مهما كانت حالتها ومهما كان موقعها وبلغ العناية بها — هي من الأملاك العامة ، بشرط واحد هو ألا تكون ملكا لبعض أفراد الناس . فإذا ما اعتبرت الحكومة جزءا من أرض طريقا ، وطرح الأمر على المحكمة ، وجب على المحكمة أن تقصر بحثها على معرفة ما إذا كان لهذا الجزء مالك أم أنه لا مالك له . ففي الحالة الأولى لا يمكن اعتباره من الأملاك العمومية ، إلا إذا أثبتت الحكومة أنها تملكته أو أنها قامت بجميع الإجراءات التي يفرضها عليها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة . وأما في الحالة الثانية فيجب اعتباره من أملاكها العمومية ، التي لا يجوز تملكها بوضع اليد مهما طالته مدته .

(٢) نقض مدق ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٢٠٨ ص ٥٠٨ — استئناف مخطئ ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٧ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٨٠ — ويعتبر تنازل المالك عن الطريق أو الشارع الخاص للحكومة لتحويله إلى طريق أو شارع عام ، وكذلك تنازل المالك للحكومة عن قطعة أرض لإنشاء شارع نظير الفائدة المرجوة من إنشاء الشارع ، تنازلا بوضوح ، فلا يلزم تحرير ورقة رسمية بل تكفي الورقة العرفية (نقض مدق ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ — استئناف مخطئ ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٧ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٢ ص ١٤٠ حاشي ١ — محمد حل هرة فقرة ١٢٨ ص ١٥٨ — وانظر عكس ذلك استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٤١١ ص ٥٣٧) .

أَمْلاكهم وفي تمتيعهم بما هو ضروري من النور والهواء^(١).
 ويدخل في الأشياء العامة السكك الحديدية وخطوط التلغراف وخطوط
 التلغون ، وكل ما آل أو يؤول إلى الدولة أو إلى البلديات من وسائل النقل العام
 كالترام والأوتوبيسات والمطارات والطائرات وغيرها . وفيما يتعلق بالسكك
 الحديدية هناك منشور قديم ، كان له وقت صدوره قوة القانون ولا يزال
 معمولاً به حتى الآن ، وهو منشور باشمعاون الخديوي الذي صدر في ٢٠
 المحرم سنة ١٢٨١ (٢٥ يولييه سنة ١٨٦٤) ، وينص على ما يأتي : « الأراضي
 المحاورة لجانبى السكة الحديد لا يجوز بيع شئ منها ، ما لم يكن من بعد كل
 خندق من الجهتين خمسم أقصاف . والغير جائز التصريح ببيعها إنما هو جسر
 السكة والجنايبتان المحاورتان له والجسران اللذان بجانبها المعدان للمرور والعبور
 كما هو مرسوم ومقنن من ديوان الأشغال والسكة الحديد ، بما أن ذلك من
 الحسور والطرق العمومية التي لا يجوز فيها بيع ولا شراء ، وما عدا ذلك بالطبع
 يجري فيه البيع والشراء بخلافه . وأما أرض الخنادق عند جفافها من الماء إذا
 كانت تستعمل للزراعة وتكون من المضاف بالماء أو بالشور ، فيمكن للمضافة
 عليه الانتفاع بزراعتها ، بحيث أن الزراعة التي تجرى بها لا تضر بسكة الحديد
 ولا يترتب عنها حرمان مرور المياه الصفى أو الشوى بالخنادق المذكورة »^(٢).
 وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن يعتبر جسر السكة الحديدية والجنايبتان من
 المنافع العامة عمقتضى منشور باشمعاون الصادر سنة ١٢٨١ هجرية ، والتي
 كان له قوة القانون قبل صدور قانون نزع الملكية ، وطبقاً لقائمة التالف التي

(١) نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٣ ص ٧٧٢ - استئناف
 مخطوطه ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٩٤ (إذا ترتب على تنفيذ أعمال مقررة لمصلحة عامة حل
 طريق عام إضمار مائة المنازل المجاورة أو تغيير المنافذ أو سد الناور ، فالإدارة ملزمة
 بالتعويض) - استئناف مخطوطه ٢٩ أيلول سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٣ (الملك المجاورون الطريق
 العام لا يستطيعون المعارضة في تعديل الطريق أو إلغائه ، ولكن لم أن يطالبوا الإدارة بالتعويض) -
 استئناف مخطوطه ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٦ (إنشاء مرصع عام في طريق عام لا يكون
 سبباً لمطالبة الملك المجاورين بالتعويض إلا إذا أثبتوا أن الإدارة قد سببت لهم بإهمالها أضراراً
 تفوق الأضرار التي تلزم عادة مثل هذه المشروعات العامة) .

وانظر محمد كامل مرسى ١٢٣ ، والأحكام المشار إليها فيه .
 (٢) انظر محمد كامل مرسى ١ ، فقرة ١٢٨ ص ١٥٥ - ١٥٦ .

عملت بناء على منشور الباشاعوان وتضمنت بيان الأرض التي أخذت للسكة الحديدية وأدخلت في المنافع العامة^(١) .

(١) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٧ ص ٨٢٥ - وأنظر أيضاً استئناف وطني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٣ ص ٦٢ - ٩ فبراير سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦٥ ص ١٠٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن منشور باشاعوان غديوى الذى صدر فى ٣٠ المحرم سنة ١٢٨١ هو الأصل الذى يجب الرجوع إليه لمعرفة ما هى الحالة القانونية للأراضى التى تمر عليها السكك الحديدية والأراضى التى تجاور هذه السكك . وقد قسم المنشور المذكور هذه الأراضى إلى قسمين . وجعل الأول من المنافع السومية التى لا يجوز بيعها ولا التصرف فيها ، وهى جسور السكك الحديدية والاختدقان المجاوران لها ميمناً وشمالاً والطريق المعد لمرور الناس بجانب كل خندق . وجعل على القسم الثانى منها حق الارتفاق لمصلحة السكك الحديدية ؛ وهذا القسم يشمل الأراضى التى لا تبعد عن الطريق ، المجاور للخندق أكثر من خمس أقدام . وقد اعتبر هذا المنشور أن كل جسر من جسور السكك الحديدية يجاوره خندق من كل جهة ، ولكن هذا الاعتبار القانونى لا يؤخذ منه أن هذه الخنادق يجب أن تكون موجودة فعلاً فيها مياه ، بدليل أن المنشور نفسه لا يحسب ذلك ويصح بزورع أرض الخنادق إذا جفت ، ولكن جفاف هذه الخنادق واستعمالها للزراعة هو شيء عارض (استئناف وطني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ الاستئناف ٦ ص ٣٧٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن النص العربى للمنشور سنة ١٢٨١ هجرية الملحق بالأمرة الأتليان السعيدية تحت رقم ١٤ لو ترجم ترجمة صحيحة لظهر : أولاً أن جسر السكك الحديدية والخندقين المجاورين له والجنابيين المجاورتين للخندق والمعدتين للمرور هى ملك الدولة ملكاً مطلقاً ولا يجوز التصرف فيها ولا امتلاكها بالتقادم - ثانياً أن الأرض الواقعة فى منطقة خمس أقدام (١٧ متراً و ٧٥ سنتيمتراً) من بعد الجنابيين المجاورتين للخندقين ليست ملكاً لمصلحة السكك الحديدية ولا حق لها فى تحصيل إيراداتها ، ولكن إذا انتقلت ملكية هذه الأراضى كان للمصلحة الحق فى التدخل والاتفاق مع المشتري على شروط الامتلاك وكيفيةه، منعا لما عساه أن يصيب المصلحة من الضرر وحتى لا يتصلب سير السكك الحديدية . فلمصلحة إذن حق ارتفاق من نوع خاص (sui generis) لتضمن إلى طريقة انتفاع المشتري بالأرض بحيث لا يعارض انتفاعه مع مصلحتها أو يطل طريق استغلالها (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٧٧ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٥٩ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨١ - ١٦ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٥ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٠ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧) . وأنظر محمد كامل مرسى ١ بقرة ١٢٨ ص ١٢٧ .

ويبين من ذلك أن الأرض الواقعة فى منطقة خمس أقدام من بعد الجنابيين المجاورتين للخندقين هى ملك خاص للأفراد ولهم حق التصرف فيها بعد مراعاة حق مصالحة السكك الحديدية من الاتفاق مع المشتري على شروط التملك وكيفيةه ، ويجوز تملكها بالتقادم (محمد على عرفة بقرة ١٢٩ ص ١٦١ - محمد زهير جبرانة ص ١٨٧ - ص ١٨٩) .

٥٢ - **أشياء عامة نهريّة** : ويعتبر من الأشياء العامة نهر النيل ، مياهه وجراؤه وقاعه وجسوره^(١) وفروعه^(٢) . فيجوز للأفراد وللملاك الأراضي المجاورة للنيل الاستفادة من مياهه^(٣) . أما المجرى فهو خط يتحدد بالمتوسط بين أعلى مياه يصل إليها النيل في أعلى فيضانه وأعلى مياه يصل إليها في أخفض فيضانه ، وذلك في خلال مدة طويلة من السنين فيما عدا السنين التي يكون فيها العلو أو الانخفاض استثنائيا^(٤) . فكل الأراضي والجزر التي تدخل في هذا المنسوب تعتبر جزءاً من مجرى النيل . وتعتبر الأراضي الواقعة على جسور

(١) استئناف مخطوط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ م ص ١٣٧ - ٢١ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠١ - ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٧٩ - وقد قضى بأنه يدخل المنافع العامة سطح النهر بما في ذلك المجرى بمناه الواسع ويشمل الفروع المختلفة والتقاء سبيل الجسور ، فليس للملاك المجاورين حق القيام بأعمال تفيد كسب الملكية ولا بأعمال لاقتناء الفيضان بدون ترخيص من الحكومة (استئناف مخطوط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥) . وقضى أيضاً بأن ما يتبع الأنهار السالفة للسلامة ، أي للفسافات المالية والأراضي الواقعة على جسور النيل ، يعتبر من أملاك الحكومة العامة ، فلم تقبل التملك بالتقادم (استئناف مخطوط ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ١٣١) .

(٢) استئناف مخطوط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ .

(٣) استئناف مخطوط ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٧٨ - ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ .

(٤) وقد قضى بأن فراش (III) النهر أو مجراه يتحدد بالمنسوب الذي يصل إليه أعلى مياه النهر في وقت الفيضان العادي ، أي المتوسط في عدة سنين ، ماعدا التي يكون فيها العلو أو الانخفاض استثنائياً ، فكل ما يدخل في هذا المنسوب يعتبر جزءاً من مجرى النهر فيكون من الأملاك العامة (مصر الكلية ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٧٦ ص ٢٩٦) . وقضى بأن الأطنان التي أغرقها المياه إذا كانت تمتد بحسب طبيعة موقعها جزءاً من مجرى النهر ، ولما ارتفع منسوبها بتراكم الطمي أبيع تملكها للأهالي ، فإن هذا التملك لا يعني أنها لم تمتد جزءاً من مجرى النهر ، لأن الواقع أنها جزء منه ، ولذلك فإن ملكية أصحابها تكون محمّلة بحق ارتفاق مقرر للمنفعة العامة من منفعته أن تضرها مياه النهر عند الحاجة لتجري مياهها في هذه طليقة بين جريين ، دون أن يكون لأصحابها حق في التمييز عن ذلك ، ولذلك تكون الحكومة غير ملزمة قانوناً بالحفاظ عليها من الفرق (لیس الدولة ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة مجلس الدولة ٤ رقم ٢٢٤ ص ٧٣٧) . وانظر نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٨١ ص ١٧١ - استئناف مخطوط ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٢٦ - ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٦ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٩ - محمد كامل مرسي بقرة ١٣٧ - محمد حل حرفة بقرة ١٢٨ ص ١٥٩ - وحيد رأفت ص ١٠٠٠ .

النيل من الأشياء العامة التي لا يجوز تملكها بالتقادم^(١) ، ولا إجراء أعمال لاتقاء الفيضان بغير ترخيص من جهة الإدارة^(٢).

كذلك يدخل ضمن الأشياء العامة الترع العامة والمصارف العامة. والترعة العامة هي كل مجرى معد للرى تكون الدولة قائمة بنفقات صيانه ، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال (م ٢ من قانون الرى والصرف)^(٣). والمصرف العام هو كل مجرى معد للصرف تكون الدولة قائمة بنفقات صيانه ، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال (م ٣ من قانون الرى والصرف) . ومقتضى أن يكون المجرى ترعة عامة ومصرفا عاما أنه يجوز للجميع الانتفاع بالترعة واستعمال مياهها لرى أراضيهم ، والانتفاع بالصرف واستعماله لصرف المياه فيه . وقد وضعت قيود على هذا الاستعمال لضمان توزيع المياه توزيعا عادلا ، وتسهيل الملاحة ، والانتفاع بالبحسور ، من ذلك قلع الأشجار المغروسة فى جسور الترع ، إذا ثبت أنها تعوق سير مياه الترع أو تعطل الملاحة فيها أو تعطل المرور على جسورها (م ٩ من قانون الرى والصرف) ، وحظر إنشاء مأخذ المياه فى جسور النيل أو جسور الترع العامة إلا بترخيص (م ٣٦ من قانون الرى والصرف) ، ووجوب الحصول على ترخيص لإقامة أية آلة من الآلات الرافعة التى تدار بغير اليد كالساقية أو التابوت (م ٤٥ من قانون الرى والصرف) . وتعتبر جسور الترع والمصارف العامة من الأشياء العامة ، فلا يصح تملكها بالتقادم^(٤) - ولكن يجوز الترخيص للأفراد فى زراعة

(١) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ رقم ٨١ ص ١٧١ - استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ - محمد على حرقه ققرة ١٢٨٤ ص ١٥٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن انتصاف ترعة بأنها عمومية أو غير عمومية أمر قانونى يبتت لاحقة الترع والبحسور ، فن واجب الحكمة إذن أن تراعى فى قضائها ما جاءت به تلك اللجنة فى هذا الصدد . فإذا هى لم تفعل ، واحتجبت فقط فى قيام صفة الترع على تقرير الخبير المؤسس على تطبيق خريطة لك الزمام المرسوم عليها ما يفيد أن الترع بجزريها عمومية ، كان حكمها ممتنعاً فنقضه (نقض مدنى ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب للفتى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٣) .

(٤) استئناف وطنى ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ مجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٢ ص ١٨٥ - استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ - ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٦ -

جسور الترع ، وبصلر الترخيص من وزارة الري ، ولما أن تقيله بالشروط التي تراها لازمة لمنع الإضرار بصالح الري والصرف (م ٨ من قانون الري والصرف) . أما المساق والمصارف الخاصة فهي مملوكة للأفراد ، ولكن يجوز لهم التنازل عنها للحكومة لتصبح ترعا ومصارف عامة تتولى الحكومة صيانتها . كما يجوز بقرار جمهوري أن تعتبر أية مسقا أو مصرف خاص ترعة أو مصرفا عاما إذا كانت المسقا متصلة مباشرة بالنيل أو بترعة عامة تستمد المياه من أيهما ، أو كان المصرف الخاص متصلا مباشرة بالنيل أو بمصرف عام أو ببجيرة يصب في أي منها . ولا تدفع الحكومة أية تعويضات عن الأرض المشغولة بالمسقا أو المصرف قبل اعتباره عاما (م ٤ من قانون الري والصرف) . وبقاء ترعة أو مصرف ضمن الأشياء العامة منوط بكون الحكومة مستمرة على تولى حفظها وصيانتها وتطهيرها ، فإذا انقطعت الحكومة عن ذلك جاز أن يؤول انقطاعها نقلا للترعة أو المصرف من الأشياء العامة إلى الأشياء الخاصة ، وكذلك يكون الحكم بالنسبة إلى الجسور^(١) .

ويتبين من ذلك أن الأشياء العامة النهرية (donaine public fluvial) إما أن تكون طبيعية وهي نهر النيل ، أو صناعية وتشمل الترع والمصارف والمين والمرافئ والأرصنة والأراضي والمباني اللازمة للانتفاع بالنهر أو الترع^(٢) .

٥٣ - أشياء عامة بحرية : وشواطئ البحر (rivages de la mer) تعتبر من الأشياء العامة ، والشاطئ يشمل الأرض التي يغطيها أهل أمواج

١ - محمد علي عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٩ - ومسطح التربة (banquette du canal) الواقع بين جسرهما والماء يعتبر من الأشياء العامة ، ولا تزول عنه هذه الصفة إلا بجداث طبيعي أو بأمر إداري ينقله إلى الأشياء الخاصة (استئناف مخطط ١٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٥ - محمد كامل مرسي ١ فقرة ١٤٢ - محمد علي عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٦٠ هامش ٢) .

(١) نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٤ ص ٨٩ (بالنسبة إلى للترعة أو المصرف) - استئناف مخطط ١٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩١ (بالنسبة إلى الجسور) .

(٢) محمد كامل مرسي ١ فقرة ١٤٥ .

غلتاء ، ويرجع في تحليدها إلى الطبيعة^(١) . فلا يجوز التصرف في شواطئ البحر على هذا التحديد ، كما لا يجوز تملكها بالتقادم^(٢) . ولا يجوز أخذ رمال أو أحجار أو حصى أو مواد أخرى من شواطئ البحر (وهي من الأملاك العامة كما رأينا) ، أو من الأراضي التي تتكون من طمي البحر أو التي يتكشف عنها البحر (وهي من أملاك الحكومة الخاصة كما سئرى) ، في السواحل التي تعين بقرار يصدره المحافظ أو المدير ، وإلا كانت العقوبة غرامة مقدارها مائة قرش وضبط هذه المواد ومصادرتها (قرار ناظر الداخلية الصادر في ٦ مارس سنة ١٩١٢) .

وكذلك تعتبر من الأشياء العامة البرك والمستنقعات (les marais et étangs) المستلحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للدولة ، فلا يجوز التصرف فيها ولا تملكها بالتقادم^(٣) .

والأشياء العامة البحرية (domaine public maritime) كالأشياء العامة النهرية (domaine public fluvial) إما أن تكون طبيعية وتشمل شواطئ البحر والرماسي والوارد (les havres et rades) والبرك والمستنقعات المستلحة والبحيرات ، أو أن تكون صناعية وتشمل المين (les ports)

(١) استئناف مخطط ١٠ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٨ - أول يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٩ - محمد كامل مرسي ١ فقرة ١٣٢ ص ١٥٩ - محمد علي مرة فقرة ١٢٨ ص ١٥٨ - أما البحر ذاته فالدولة ليس لها فيه إلا حق السيادة على المياه الإقليمية (la mer territoriale) ، وتقدر بحدى مرمى المدفع . وكان هذا المدى يبلغ ثلاثة أميال بحرية (أى ٥٥٥٩ متر) ، ولكنه زاد بعد ذلك كثيراً ، وهناك ميل إلى تحديد هذا المدى في الوقت الحاضر بمقدار ١٢ ميلاً بحرياً . انظر فلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٢٤ ص ١٣٤ هامش ١ والمراجع المشار إليها فيه .

(٢) استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان شاطئ البحر من الأملاك العامة ، كانت الاكتشاف التي تقيمها البلدية عليه لفرض تنظيم الانتفاع والاستمتاع به وتسييرهما من الأملاك العامة كذلك بالنسبة والتخصيص (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكاتب الثغرى في ٢٥ علما جزء أول ص ٣٠٢) .

(٣) ولما كانت بحيرة مريوط مخصصة لمنفعة عامة ، فهي تتلق مياه الصرف من محافظة البحيرة ، فإنها تعتبر داخلة في النوبين العام (استئناف مخطط ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠) .

حرية كانت أو تجارية والأرصعة (quais) والأحواض (docks) ^(١) .
وقد ذكرت الفقرة الرابعة من المادة ٩ من التقيين المدني الوطني السابق
ضمن الأشياء العامة البحرية « الأراضي التي تتكون من طمى البحر والأراضي
التي تنكشف عنها المياه » (les lais et relais de la mer) ، وذلك على
نقطة المادة ٥٣٨ مدني فرنسي . والصحيح أن الأراضي التي تتكون من
طمى البحر والأراضي التي تنكشف عنها المياه هي من أملاك الدولة الخاصة
لا من أملاكها العامة ، فيجوز للدولة التصرف فيها ^(٢) . وإذا كان المشرع
الفرنسي قد ذكر أنها تدخل ضمن الدومين العام ، فقد أراد بذلك أنها ملك
الأمة أي تدخل ضمن الدومين القوي ، وقد رأينا أن التقيين المدني الفرنسي
قد خلط ما بين الدومين القوي والدومين العام وجعلهما شيئاً واحداً ^(٣) . فلم
يقتبهِ المشرع المصري إلى هنا الخلط الذي وقع فيه المشرع الفرنسي ، وذكر
مجاراة له أن الأراضي التي تتكون من طمى البحر والأراضي التي تنكشف
عنها المياه هي من الأملاك العامة ^(٤) .

٥٤ — أشياء عامة مصرية : ولما كان مرفق الدفاع من أهم وظائف
الدولة ، فكل ما يستخدم لهذا المرفق يعتبر من الأشياء العامة التي لا يجوز
التصرف فيها ولا تملكها بالتقادم ، حتى لا يتعطل مرفق من أخطر المرافق .
ويدخل ضمن ما يستخدم لمرفق الدفاع الحصون والقلاع ، والختناق ،
والأسوار ، والأراضي الداخلة في مناطق الاستحكامات ، وميادين التدريب
والمناورات ، والترسانات ، والقشلاقات (الثكنات) ، ومصانع الذخيرة
والنخائر والأسلحة ، والأسطول الحربي ، والطائرات الحربية ، وجميع
المهمات الحربية ما كان منها قديماً وما استحدث

(١) محمد كامل مرسي ١ فقرة ١٣٥ .

(٢) انظر م ١٩١٩ مدني - وانظر في القانون الفرنسي بلاتول وبيير وبيكار ٣ فقرة

١٣٣ ص ١٤٦ .

(٣) انظر أنفا فقرة ٤٥ .

(٤) محمد كامل مرسي ١ فقرة ١٣٣ - وقد كانت حكمة الاستثناء المختلط قد وتمت في هذا
المختلط فقضت بأن هذه الأراضي تعتبر من الأملاك العامة (استثناء مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤
م ١٦ ص ١٤٨) ، ثم رجعت عن خطأها فقضت بأنها تعتبر من الأملاك الخاصة (استثناء
مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦) .

فإذا زال تخصيص شيء من ذلك لمرفق الدفاع ، أصبح من أموال الدولة الخاصة ، وجاز التصرف فيه . ومن ثم فالحصون والقلاع إذا أبطل استعمالها^(١) ، وأسوار المدن القديمة التي لم تعد بذات فائدة في الدفاع ، كل هذه تكون من أملاك الدولة الخاصة^(٢) .

٥٥ — أشياء عامة زلت غرضه رضى أو غيرى : كانت الفقرة السابعة من المادة ٩ من التقنين المدنى السابق تنص على أن الأملاك العامة تشمل « الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان ، سواء كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو يصرف ما يلزم لحفظها وبقيائها » . ويلاحظ أن عبارة « كافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان » هي ترجمة غير دقيقة لتعداد أتى في النص الفرنسى للمادة لم يرد فيه شيء عن « الأوقاف الخيرية » ، وإنما ذكر (établissements pieux) أى محال العبادة أو المؤسسات الدينية (établissements d'instruction) أى مؤسسات التعليم ، و (établissements de charité) أى مؤسسات البر والإحسان^(٣) . وهناك فرق بين الأملاك العامة والأوقاف الخيرية ، وإن كانا يتفقان في عدم جواز التصرف فيها ، فالأوقاف الخيرية تنفع بها جهة البر التى عينها الواقف أما الأملاك العامة فينتفع بها جميع الناس ، ويصرف على صيانة الأوقاف الخيرية من ريعها أما الأملاك العامة فيكون الصرف على صيانتها من أموال الدولة^(٤) .

(١) استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٨ .

(٢) نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ١١ ص ١٠٦ (سور مدينة القاهرة القديم) . پلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٢٩ — پلانويول وريبير وبولانيه ١ فقرة ٢٠٦٥ — محمد على عرفة فقرة ١٣٠ .

(٣) انظر استئناف مصر ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ٧٩ ص ١٧٠ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط اعتبار الأماكن المخصصة لعبادة والبر والإحسان من الأملاك العامة ، طبقا لنص الفقرة السابعة من المادة التاسعة من القانون المدنى القديم ، هو أن تكون في رعاية الحكومة تدير شؤونها وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة فإذا كان الثابت أن وزارة الأوقاف لم تتول إدارة تلك الأحيان المتنازع عليها بصفتها الحكومية وإنما بوصفها ناظرة عليها ، شأنها في ذلك شأن أى فرد من الأفراد يعهد إليه بإدارة شؤون الوقف ، فإنه ليس من شأن هذا النظر أن يتخلل على هذا المال صفة المال العام (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٤٥٣) .

وفي عهد التقنين المدني السابق كانت المساجد (الجوامع) ، وفقا للنص المتضمن الذكر ، تعتبر من الأملاك العامة إذا كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها .

فإذا لم يتوافر هذا الشرط - شرط الإدارة أو الصرف - فإن المسجد يعتبر من الأملاك الخاصة^(١) ، ولكن المسجد الخاص يكون في هذه الحالة وفقاً طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية^(٢) .

أما الكنيسة فقد قضت محكمة النقض بأنها لا تعتبر من الأموال العامة المبينة في المادة ٩ من القانون المدني القديم حتى إذا صح قياسها على الجوامع المنصوص عليها في هذه المادة ، ذلك أن عبارة الفقرة السابقة صريحة في أن الجوامع لا تعتبر من الأموال العامة إلا إذا كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها ، فشرط اعتبارها من الأموال العامة هو أن تكون في وهاية الحكومة . ولا تعتبر كذلك من الأموال العامة استناداً إلى الأمر العالي الصادر بإشائها ، لأنه لا يعلو كونه مجرد ترخيص في إنشاء كنيسة ، فليس من شأنه أن يخلق عليها صفة المال العام^(٣) .

وبعد صدور التقنين المدني الجديد لم تتغير الحال بالنسبة إلى الكنيسة ، وقد رأينا أنه عند نظر مشروع التقنين المدني أمام مجلس الشيوخ تقدم أحد الأعضاء باقتراح يرى إلى إضافة فقرة للمادة ٨١ مدني تقضي بجعل الكنائس

(١) ومن ثم يمكن كسب حق المثل على كل مسجد لا تكون الحكومة قائمة بإدارته أو صرف ما يلزم لصيانه (استئناف وطني ٧ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١١٥ ص ٢٤١ - وهذا قبل أن تصبح الأملاك الخاصة غير قابلة للملك بالتقادم) - أما إذا كان المسجد متبراً من الأملاك العامة ، فلا يجوز كسب حق المثل عليه (استئناف وطني ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٤ ص ٤٤ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٩ ص ١٣ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجلد ٣ رقم ٤٠٩ ص ٥٠٦ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المجلد ٦ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٤) .

(٢) وقد جاد في شرح الكنز الزيلعي : « ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرضه عن ملكه بطريقة ويأذن بالصلاة فيه ، وإذا صل فيه واصل زال ملكه . وقد أجمعوا على أنه إذا صار مسجداً زال ملكه عنه وحرم بيعة فلا يورث ، وليس له الرجوع فيه لأنه صار لله بقوله تعالى وإن المساجد ، ولا رجوع فيما صار لله تعالى كالصلوة » (شرح الكنز الزيلعي ٣ ص ٣٢٩) .

(٣) نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٦ ص ٥٠٠ - وانظر استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٧ ص ٢٢٤ .

والمعابد بمجرد بنائها والصلاة فيها خارجة عن التعامل ومملوكة للهيئة الدينية العليا التابعة لها ، فرفض مجلس الشيوخ هذا الاقتراح^(١) .

أما المسجد ، بعد صدور الترخيص الملكي الجديد ، فالفقه لا يزال يعتبره من الأملاك العامة إذا دخل تحت ولاية الدولة وتولت إدارته أو الصرف عليه^(٢) . فإذا أنشأ المسجد أحد الأفراد وتولى الصرف عليه من ماله الخاص ، فإن المسجد وإن أصبح وفقاً طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما قلنا ، إلا أنه لا يعتبر من الأملاك العامة ، حتى يسلمه صاحبه لوزارة الأوقاف فتتولى إدارته والإنفاق عليه ولو من مال موقوف عليه فعندئذ يصبح من الأملاك العامة^(٣) .

ويقاس على ذلك جميع الجهات ذات الغرض الخيري أو التعليمي ، كالمستشفيات والمراتب ودور التعليم والملاجئ . فإن كانت الدولة هي التي تتولاهم وتقوم بإدارتها وتتولى الصرف عليها فهي من الأملاك العامة ، أما إذا كانت مملوكة للأفراد فتبقى ملكاً خاصاً لهم .

أما المقابر (tombeaux) فتعد في فرنسا محلاً لحق عيني خاص يمنع لصاحب الترخيص^(٤) . وكان دخول الجبانات (cimetière) في الأملاك العامة في فرنسا محلاً للمناقشة^(٥) ، ولكن تغلب الرأي الذي يدخلها في هذه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦١ - ص ٤٦٤ . وانظر ألفا فقرة ١ في الماش . وقد قال مندوب الحكومة أمام مجلس الشيوخ : « المسألة من حيث مبدأ التنظيم أخلق بها أن تعالج في قانون خاص من أن تقسم على القانون المدني ، خصوصاً أن الكنائس تعتبر من الأملاك العامة في البلاد الأخرى . ولقد أوضحت .. في اللجنة أن من الخطر بمكان أن تعتبر الكنائس من الأملاك العامة في مصر ، لأن هذا لا يعلل الإشكال .. إننا نفتق معها فيما يتعلق بعدم جواز اعتبارها من الأملاك العامة ، ونفتق كذلك في أنه لا يجوز أن نخرجها من دائرة التعامل لإخراجها مطلقاً دون أن تنظم التفاصيل المتعلقة بإعادتها إلى هذه الدائرة ، ولهذا لا توافق الحكومة على هذه الإضافة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٣) .

(٢) محمد كامل ، ص ١ فقرة ١٤٦ ص ١٧٥ - محمد علي عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٥ .

(٣) محمد علي عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٥ .

(٤) نقض فرنسي ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨ - ٢ - ٧٧ - پلانيول وديوير وبيكار ٣ فقرة ١٣٩ ص ١٥٢ .

(٥) پلانيول وديوير وبيكار ٣ فقرة ١٣٩ ص ١٥١ هامش ٤ .

الأملاك^(١). وتعتبر الجبانات في مصر من الأملاك العامة، مادامت معدة للدفن فيها وتخصصت بالفعل لهذه المنفعة العامة دون حاجة إلى إصدار قانون أو مرسوم باعتبار منطقة معينة جبانة لدفن الموتى^(٢). فإذا كانت أرض مشغولة فعلا بالمقابر ويدفن فيها عادة ، فهذه قرينة كافية على أنها من الأملاك العامة^(٣) ، ولا يجوز تملكها بالتقادم^(٤) . أما ما ينشئه الأفراد من مبانٍ في أرض

(١) بلانويول وريجير وبيكار ٣ فقرة ١٣٠ ص ١٤٣ .

(٢) استئناف وطني ٣٠ يناير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٨ ص ١٠٦ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ٥٩ ص ١١٥ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٢٩ ص ٥٩٠ - ١٥ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٢٠ ص ٢٢ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموع - رسمية ٢١ رقم ١٩ ص ٣١ - استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ - محمد كامل مرسى في مقاله فقرة ٨٥ - محمد علي حرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٧ .

ويخص الأفراد بموجب تراخيص بأجزاء من أرض الجبانة يقيمون حيشان عليها ، ويملئون المقابر في هذه الحيشان . وقد قضى بأن أراضي الجبانات هي من الأراضي المخصصة للمنافع العامة ، فليس للأفراد طلب تثبيت ملكيتهم لها ، حتى لو اقتصروا بأجزاء منها بواسطة إقامة حيشان عليها ، وبأن للحكومة بما لها من السلطة والولاية على الأملاك العامة أن ترفع دعوى على الأفراد إذا استعملوا أرض الجبانة في غير ما خصصت له وهو الدفن ، وبأن كل ما يرتبه القانون لأصحاب الحيشان على أرض الجبانة القائمة عليها مبانيها هو حق اختصاصهم وحدهم بالانتفاع بتلك الأراضي بحيث لا يبق للغير أن يتعرض لهم في هذا الحق ، فليس لهم أن يرفضوا دعوى تثبيت ملكيتهم للأراضي المذكورة لأنها من الأملاك العامة . وما يشهد بأن حق أصحاب الحيشان على الأرض ليس حق ملكية أن أصحاب الحيشان يطلبون رخصا في إنشائها وتطلى لهم هذه الأرض خص بعد دفع الرسوم المقررة ، فأعطاه هذه الأرض دليل واضح على أنه مقيى الحيشان لا يشترطون الأراضي القائمة عليها ، وإنما يخصون بالانتفاع بالدفن في الجهات التي تعين لهم بعد دفع رسوم خاصة عن ذلك ، وهذا التخصيص بالانتفاع لا ينقل إليهم ملكية تلك الأراضي لأنه ليس من المقود لانتقاله للملكية (أسبوت الجزئية ٨ يوليو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣١٩ ص ٧٥٤) ، وقضى بالألا حق الحكومة في طلب هدم المباني التي تشاد على أرض جبانة زائري المقابر ، بشرط ألا تحول هذه المباني إلى مساكن مستعدة (استئناف وطني ١٥ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٤ ص ١٢٣) .

(٣) فالجبانة تدخل في الأموال العامة بحكم تخصيصها لمنفعة عامة وهي الدفن ، ويستوى في ذلك أن يكون من أنشأ الجبانة هي الحكومة أو أنشأها أحد الأفراد من ملكه الخاص (محمد كامل مرسى ، فقرة ١٧٣ ص ٢٢٤ - ويشير إلى حكم من محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٦ في القضية رقم ٥٥٧ سنة ١٩٣٠ كل مصر) .

(٤) قارن مع ذلك استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣١ .
وإذا أبطل الدفن في الجبانة ، ولكن الجبانة بقيت حافظة لمآلها ، فإنها تبقى للأملاك العامة -

الحيوانات ، فإنها تعتبر ملكا خاصا ، وتكون مملوكة لهم^(١) .

٥٦ - **المباني الحكومية** : لما كان معيار الشيء العام في مصر هو كما قدمنا التخصيص للمنفعة العامة ، فكل ما كان مخصصا من مباني الحكومة لهذه المنفعة يكون شيئا عاما .
ومن ثم يدخل في الأشياء العامة ما كان معدا لاستعمال الجمهور متى كان

= حتى يصدر مرسوم بإخراجها منها . انظر في نقل الحيوانات إلى مناطق أخرى ذكرية ٢٩ يناير سنة ١٨٩٤ ، وفي تحديد جبال المسلمين مرسوم ١٠ فبراير سنة ١٩٢٤ ، وفي اختصاصات لجنة جبال المسلمين للقانون رقم ١ لسنة ١٩٢٢ - وانظر لائحة الحيوانات الصادرة في ٤ مارس سنة ١٩٢٦ .

فلذا افترست معالم الحياة التي أبطل الدفن فيها ، زالت صفاتها العامة . وقد قضت محكمة النقض بجواز تملك أرض الحياة بالتقدم متى وقع ذلك بعد زوال تخصيص الحياة للدفن وانقضاء معالمها وآثارها (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٥ ص ١٢) . وقضت أيضا بأن التبرع الذي خصصت من أجله الحيوانات للمنفعة العامة ليس بمقتصور على الدفن وحده ، بل يشمل حفظ رفات الموتى بعد دفنهم ، ويغني عن ذلك أنها لا تفقد صفاتها العامة بمجرد إبطل الدفن فيها ، ولا يجوز تملكها بوضع اليد إلا بعد زوال تخصيصها وانقضاء معالمها وآثارها (نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء أول ص ٤٩٠ - وانظر أيضا نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١١٨ ص ٧٤٨) . وقضت محكمة النقض كذلك بأن مفاد نصوص المادتين ١ و ٢ من المرسوم الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٩٢٤ والمادة ٦ من لائحة جبال المسلمين المؤرخة ٤ مارس سنة ١٩٢٦ أن المشرع قد أخرج الأرض التي تقع حول مسجد الشافعي والتي كانت مشغولة بمجموعات مساكن مما هو مخصص للدفن ، وإن كان قد أبقاها في نطاق الحيوانات المحترمة من الأموال العامة ، وذلك توصلًا لإيهال أصحاب تلك المباني دينًا تلتزم مع الزمن بعد أن حرم تجديدها وترميمها ، فتخلو منها منطقة الحيوانات التي لا يجوز صيًّا أن تكتنفها مساكن الأحياء . وإذا استدل الحكم المطعون فيه على انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بزوال تخصيصها للدفن وانقضاء معالمها وآثارها كجباله وانتشار العمران فيها مع أنها لم تكن مخصصة للدفن ولم يكن العمران طارئًا ولا نتيجة لانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، فإن هذا الاستدلال يكون فاسدًا (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٨ ص ١٢٠٣) .
وانظر في أن الحياة تبق من الأملاك العامة ولو أبطل الدفن فيها وانقذت معالمها ، مادامت الحكومة لم تقرر بأمر رسمي إعادتها للأملاك الخاصة ، فلا يصح لأي إنسان أن يضع يده عليها حتى لو كان هو الذي أخرج الأرض من ملكه ليجعلها مرفقًا عامًا : استئناف وطني ٢٠ يناير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٨ ص ١٠٦ - ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ الحامدة ١٠ رقم ٢١١ ص ٤٣١ .

(١) محمد كامل مرسي ١ بقرة ١٧٣ ص ٢٢٤ - محمد علي عرفة بقرة ١٣٢ ص ١٦٧ .

مخصصا لمنفعة عامة ، ومن ذلك المتاحف والمكتبات العامة والأسواق العامة والحدائق العامة والسليخانات والبورصات .

ويدخل أيضاً في الأشياء العامة ما كان لازماً لسير المرافق العامة متى كان مخصصا لمنفعة عامة ، ومن ذلك المدارس والجامعات والمستشفيات والمصحات والمحاكم والسجون والإصلاحات .

ويدخل أيضاً في الأشياء العامة ما كان مخصصا لمنفعة عامة دون حاجة لأن يكون معداً لاستعمال الجمهور أو لازماً لسير المرافق العامة . ومن ذلك ماورد في الفقرة ٨ من المادة ٩ من التقنين المدني الوطني السابق من « العقارات الميرية مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لإقامة ولي الأمر وللتنظارات أو الحافطات أو المديرية ، وعلى وجه العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية » . وهذه المباني تختلف عليها في فرنسا ، فبعض يرى أنها لا تدخل في الأموال العامة^(١) ، وبعض يرى أنها تدخل^(٢) . أما في مصر ، فلا خلاف في أنها تدخل في الأشياء العامة^(٣) .

٥٧ - المقتولات : هناك خلاف في فرنسا فيما إذا كان يمكن اعتبار المقتولات داخلة في الأملاك العامة ، فبعض يميز ذلك^(٤) ، وبعض لا يميز^(٥) . أما في مصر ، فلا خلاف في جواز اعتبار المقتولات من الأملاك العامة ، سواء كان ذلك في عهد التقنين المدني السابق (انظر م ٩ فقرة ١٠ وفقرة ١١ من التقنين المدني الوطني) أو في عهد التقنين المدني الجديد حيث تصرح الفقرة الأولى من المادة ٨٧ مدني بأن « تعتبر أموالاً عامة العقارات والمقتولات .. » .

(١) بلانويول وريبير ويككار ٣ فقرة ١٣٠ ص ١٤٣ - بلانويول وريبير وبولالجي ١ فقرة ٢٠٦٦ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٦ هامش ٦ - كولان وكايتان وهي لامورانديير ١ فقرة ٦٨٨ .

(٣) محمد كامل مرسي ١ فقرة ١٤٩ - محمد علي عرفة فقرة ١٢١ ص ١٦٤ - وانظر بالنسبة إلى سري عابدين : استئناف مصر ١٠ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٢ ص ٥١٧ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٦ - هوريو ص ٦٤٣ - تعليق فالين في دالوز ٤٦ ص ٢٨ .

(٥) برتلي ص ٤٢٣ - كولان وكايتان وهي لامورانديير ١ فقرة ٩٥٤ ص ٧٦٥ .

وقد أدخلت الفقرة ١٠ من المادة ٩ من التقنين المدني الوطني السابق ، بصريح النص ، في الأملاك العامة « الدفترخانات العمومية والأنتيكخانات والكتبخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية » . فيدخل إذن في الأملاك العامة المستندات والوثائق المحفوظة لدى الوزارات والمصالح المختلفة أو دار المحفوظات العامة ، والمتحف والمتاحف والصور المعروضة بالمتاحف العامة^(١) ، والكتب والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة ، وكل منقول آخر يخصص بالمنفعة العامة ؛ كذلك أدخلت الفقرة ١١ من المادة ٩ سالف الذكر في الأملاك العامة « نقود الميري ، وعلى وجه العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر »^(٢) .

ومن المنقولات المخصصة بالمنفعة العامة ، ومن ثم تدخل ضمن الأملاك العامة ، « مراكب النقل أو البوستان » المذكورة في الفقرة التاسعة من المادة ٩

(١) انظر القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ بشأن الآثار (١ م و ٧) . وانظر القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ بشأن حماية آثار مصر العري (٢ م) . وانظر المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣١ بإحلاق المتحف القبطي بأملاك الدولة العامة .

وقد قضت محكمة النقض بأن النماذج الأثرية لا يجوز التبايع فيه ، والحكومة أن تسترده من حائزه بشتر تمويل تدفعه له أو تمن ترده إليه ، ولا يقبل في شأنه الاحتجاج بأحكام امتلاك المنقول بالحيازة (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ - ٢١٥ - وانظر أيضاً استئناف مخطوط أول مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١) . وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٥١ - محمد علي حرفة فقرة ١٣٣ .

وفيما يتعلق بالأراضي الأثرية قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا تمد الأراضي الأثرية من أملاك الحكومة العامة إلا إذا صدر قرار من السلطة المختصة يقضي بأنها أثرية ، فإذا لم يصدر قرار بهذا المعنى تبقى تلك الأراضي من الأملاك الأميرية الخاصة (استئناف وطني ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٣٤ ص ٥٩) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن أموال الحكومة ، منقولة أو ثابتة ، غير قابلة للحجز ، خصوصاً للتقود الموجودة داخل خزائنها أو للمدة لدخولها فيها (استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٨٧٨ بوريلي) - وقضت أيضاً بأن يلحق كل حيز موقع على نقود الحكومة لو كانت تلك النقود تحت يد الغير ، لأن ذلك لا يثنى عنها صفاتها العامة المكسوبة لها بموجب قانون أو بموجب تخصيصها للحليبي (استئناف مخطوط ١٢ يونيو سنة ١٨٧٩ بوريلي) . وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٥٢ - محمد علي حرفة فقرة ١٣٣ ص ١٦٨ .

ساقفة الذكر ، ويقاس عليها الطيارات التي تملكها الحكومة وتخصصها للمنفعة العامة .

٥٨ — حقوق الارتفاق : وقد نصت المادة ١٠ من التقنين المدني الوطني السابق على أن « يعد أيضاً من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الحديثة ، وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التي تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية » . وهذه هي حقوق الارتفاق الإدارية المقررة لمنفعة عامة ، فهي تعتبر أيضاً داخلة في الأموال العامة .

ويدخل ضمن حقوق الارتفاق الإدارية «حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع» (les servitudes de voirie) . فمن كان ملكه يقع بجوار شارع عام تحمل بتكاليف تقرررها القوانين واللوائح ، من ذلك ما يستوجب تقرير خط التنظيم ، وعدم جواز البناء بغير إذن ، وإصلاح الأبنية الآيلة للسقوط أو هدمها . ويدخل أيضاً ضمن حقوق الارتفاق الإدارية المذكورة الحقوق المتعلقة « بمجارى المياه » (les cours d'eaux) ، كحق الإدارة في قلع الأشجار المغرومة في الحسور أو في منحدرات الترع والمصارف العامة إذا كانت تعوق الملاحة أو سير المياه أو تمنع السير على الحسور .

وتدخل أيضاً الحقوق المتعلقة « بالأشغال العمومية » (travaux publics) ، كحق الإدارة في نزع الملكية للمنفعة العامة أو في الاستيلاء الموقت على عقارات الأفراد ، وكحقها في هدم بناء لإجراء الأعمال الواقية من الفيضان . وتدخل أيضاً الحقوق المتعلقة « بالأعمال الحربية » (servitudes militaires) ، كمنع الملاك المجاورين للقلاع والحصون من إقامة مباني على مسافة معينة^(١) .

ويفرق الفقه الإداري في التكاليف المتقدمة الذكر ما بين الأعباء التي قد تفرضها الإدارة على بعض عقارات الأفراد لاعتبارات تتعلق بالنفع العام ولكنها لا ترمى إلى خدمة عقار معين من الأموال العامة ، وذلك كحق الحكومة

(١) انظر في كل ذلك محمد كامل مرسى ١ ققرة ٢٢٣ .

في قلع الأشجار المغروسة على الجسور وحققها في نزع الملكية المنفعة العامة أو الاستيلاء الموقت ، وبين حقوق الارتفاق الإدارية بمعناها الصحيح التي هي تكاليف مقررة على عقارات مملوكة للأفراد لمنفعة عقارات داخلية في الأملاك العامة ، وذلك كقيود البناء التي يستوجبها تقرير خطط التنظيم على أصحاب العقارات الكائنة على خاكة خطط التنظيم ومنع الملاك المجاورين للمحصون والقلاع من البناء على مسافة معينة وحق الإدارة في نزع أترية من الأراضي المجاورة للجسور العامة لتقويتها وحمايتها من غوائل الفيضان (١) .

§ ٣ - تكييف حق الدولة في الأشياء العامة

٥٩ - انقسام في فرنسا بين رأيين : كان الرأي السائد في فرنسا ، وهو الرأي الذي أخذ به پرودون منذ مز بين الدومين العام والدومين الخاص (دومين الملكية) ، أن حق الدولة في الأشياء العامة ليس حق ملكية ، بل هو ولاية لإشراف وحفظ وصيانة لمصلحة الناس جميعا (surintendence: une fonction de garde et de surveillance) . ولكن ههنا الرأي لم يبق سائداً ، بل نبت إلى جانب رأي آخر يقول بأن حق الدولة في الأشياء العامة هو حق ملكية حقيقية لا مجرد ولاية لإشراف وحفظ وصيانة . وبقي الفقه في فرنسا منقسماً بين هذين الرأيين ، ولو أن الرأي الثاني أخذ يتغلب شيئاً فشيئاً في خلال القرن التاسع عشر ، وأخذ حق الدولة يتطور بالتدريج من مجرد ولاية لإشراف وحفظ وصيانة إلى أن يكون حق ملكية ، وإن كانت ملكية مقيدة بالمنفعة التي تخصص لها الشيء العام (٢) .

فستعرض كلا من الرأيين :

(١) محمد زهير جرائة ص ٢١٧ - ص ٢١٨ - ويقول في هذا الصدد : « وقد ترتب على الخلط بين الارتفاق والأعيان الإدارية التي تفرض على عقارات الأفراد لدوام النفع العام ، أن رأى فريق من الفقهاء في هذا فارقا بين الارتفاقات المدنية والارتفاقات الإدارية ، فذكروا أن ما يمتاز به الارتفاقات الإدارية التي تفرض على عقارات الأفراد عدم وجود عقار مخصوم كالمحور الحال في الارتفاقات المدنية . وهذا الفرق يتقدم إذا قصرنا الارتفاقات الإدارية على تلك التي تصل بين العقارات العامة والأملاك العقارية الخاصة » (محمد زهير جرائة ص ٢١٨) .

(٢) هورديو الطبعة المباشرة ص ٦٣٤ هامش ١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقره ١٢٠ ص ١٣١ .

٦٠ - **الرأي الذي يتفق عليه ملكية الدولة للشيء العام في فرنسا :** رأينا أن پرودون ، عندما وضع كتابه المعروف في الدومين العام في سنة ١٨٣٢ ، ميز فيه ما بين الدومين العام وهو ما خصص للمنفعة العامة وهو في جوهره دومين حماية ولا يعتبر مملوكا لأحد وإنما تحوزه الدولة باسم الجمهور ولصالحته فهي وكيلة عن الجمهور في حفظه وصيانته ، وبين الدومين الخاص أو دومين الملكية وهو مملوك للدولة ملكية خاصة^(١) .

وكان پرودون أستاذاً للقانون المدني ، ولكن تبعه في نظريته في الدومين العام أقطاب من فقهاء القانون العام كان ديكروك من أوائلهم . وقد حلل ديكروك الملكية إلى عناصرها الثلاثة ، حق الاستعمال (usus) وحق الاستغلال (fructus) وحق التصرف (abusus) . وذكر أن هذه العناصر الثلاثة منعقدة فما للدولة من حق على الأشياء العامة ، فحق الاستعمال في الشيء العام ليس للدولة بل لجميع الناس ، وليس للدولة أن تستغل الشيء العام ، ولا أن تتصرف فيه . ومنى انعدمت هذه العناصر الثلاثة لم يجز القول بأن للدولة حق ملكية في الشيء العام ، وغاية ما ثبت لها هي ولاية الإشراف والحفظ والصيانة . وهذه الولاية هي مظهر من مظاهر سلطان الدولة ومبادئها ، فالدولة تحوز الدومين العام باعتبارها صاحبة السلطان لا باعتبارها صاحبة الملكية . وأعقب ديكروك طائفة من أقطاب الفقه العام ، على رأسهم ديجيه وچيز وبرتامي^(٢) . فديجه ، جريا على منهجه ، ينكر على الدولة شخصيتها الاعتبارية ، كما ينكر عليها أنها مالكة للدومين العام ، بل ينكر عليها أنها مالكة لأي مال حتى الدومين الخاص .

كذلك ينكر چيز ملكية الدولة للشيء العام ، وينحسب إلى أن المنفعة العامة التي خصص لها الشيء العام تتعارض مع القول بملكية الدولة ، لأن الملكية

(١) انظر آنفا فقرة ٤٥ .

(٢) ومن يتقانون بولاية الإشراف والحفظ والصيانة دون الملكية ، من فقهاء القانون المدني ، أوبري ورو وبارتان ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٤ (انظر تعليق بارتان ص ٥٤ هامش ٣) - كولان وكايتان ودی لاموراندییر ١ فقرة ٩٥٥ - پلاتیول وریبیر وبولانجیه ١ فقرة ٢٥٥٢ - وانظر في هذا المنع فقهاء آخرين في القانون الإداري : Récy في الثومين فقرة ١٩٩ - Moreau في القانون الإداري ص ٥٦٧ - Sarret في تعليقه في دالوز ٩٩ - ١ - ٢٥٧ .

تفترض أن يكون الانتفاع بالشيء مقصوراً على المالك ، لا شائعا بين جميع الناس كما هي الحال في الشيء العام^(١) ويرجع برتلى إلى الملكية عند الرومان ، وإلى العناصر الثلاثة التي تتكون منها من استعمال واستغلال وتصرف . ويرى ، كما رأى ديكروك ، أن هذه العناصر الثلاثة جميعا منعقدة في حق الدولة على الشيء العام ، فالدولة لا تستعمل الشيء العام بل جميع الناس هم الذين يستعملونه ، كذلك لا تستغل الدولة الشيء العام إلا في حالات استثنائية بحتة ، ولا تملك التصرف في الشيء العام . فحق الدولة إذن ليس بحق ملكية ، مادامت عناصر الملكية منعقدة^(٢) .

٦١ - الرأى الذى ثبتت ملكية الدولة للشيء العام في فرنسا : كما كان يروى هو الفقيه الذى حمل لواء نفي ملكية الدولة للشيء العام وجعل حضا مجرد ولاية في الإشراف والحفظ والصيانة وقد تبعه بعد ذلك كثير من الفقهاء على ما قدمنا ، كذلك كان هوريو الفقيه الذى حمل لواء الرأى المعارض وأثبت للدولة حق ملكية في الشيء العام وقد تبعه بعد ذلك كثير من الفقهاء^(٣) . وقد تأثر القائلون بملكية الدولة للشيء العام باعتبارات اقتصادية واجتماعية ، فقد تسخطت الدولة في كثير من المرافق تبعا لا انتشار النزعات الاشتراكية ، واقتضى ذلك أن تبحث عن موارد للنهوض بمراقبتها المتنوعة . فلم تعد تقنع

(١) مقال جيز في مجلة لقانون العام سنة ١٩١٠ ص ٦٩٧ وسنة ١٩١٥ ص ٤٦٨ .

(٢) برتلى في القانون الإدارى طبعة ١١ باريس سنة ١٩٢٦ ص ٤٨١ .

(٣) انظر تعليقات هوريو على أحكام مجلس الدولة في ٢٥ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه .

١٩٠٨ - ٣ - ٦٥ ، وفي ١٦ يولييه سنة ١٩٠٩ مجموعة القضاء الإدارى ٣ ص ٢١١ ، وفي ٧ فبراير سنة ١٩١٣ مجموعة القضاء الإدارى ٣ ص ٢٨١ ، وانظر موجزه في القانون الإدارى ص ٦٣٠ وما بعدها - Bernard في حق ملكية الدولة لأموال البومين العام رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - ريجيو في نظرية الحقوق المينية الإدارية سنة ١٩١٤ - تعليقات Mestre على حكم محكمة استئناف تولوز في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩١٠ - ٢ - ٢٠٩ ، وعلى محكمة النقض الفرنسية في ٨ نوفمبر سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ - ١ - ٥٢١ - ثالثا في مبادلات الأموال العامة رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ ص ٩٣ - Rolland في الموجز في القانون الإدارى سنة ١٩٢٦ ص ٢٨٨ - Boucard في الموجز في القانون الإدارى سنة ١٩٢٦ ص ٢٨٩ - رسالة دي لوبادير ص ١٩٨ - رسالة چانس فقرة ٣٠٧ ص ١٩٠ - تعليق Alibert على حكم مجلس الدولة في ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ وفي ١٩ يولييه سنة ١٩٢٩ في سيريه ١٩٣٠ - ٣ - ١ - وانظر من فقهاء القانون المدنى پلانويول وريجير وبيكار ٣ فقرة ١٢٠ .

بالوقوف من الأشياء العامة موقفاً سليماً . بل نشطت في استعمال حقها في هذه الأشياء نشاطاً لا يصدر إلا عن مالك ، ومن ثم بدأ حقها يتطور بالتدرج كما قدمنا من ولاية إشراف وحفظ وصيانة إلى حق ملكية ^(١)

ويذهب القائلون بأن حق الأشخاص الإدارية في الأشياء العامة هو حق ملكية إلى أن هذا الحق لا يفرق عن الملكية العادية التي يعرفها القانون المدني . والقول بأن عناصر الملكية هي الاستعمال والاستغلال والتصرف ليس بتحليل لحق الملكية ، بل هو مجرد امتزاج للمنافع التي يجنيها المالك من ملكه . فإذا قلت هذه المنافع ، فإن ذلك لا يستتبع سقوط حق الملكية ، وكثيراً ما يتقيد المالك بعدم التصرف في ملكه ، بل كثيراً ما يرتب حق الانتفاع على ملكه فلا يكون له لا حق الاستعمال ولا حق الاستغلال ومع ذلك يبقى حق الملكية قائماً بالرغم من انعدام الاستعمال والاستغلال والتصرف . فالاستدلال على نفي ملكية الدولة للشيء العام بانعدام الاستعمال والاستغلال والتصرف لا يستقيم إذن ، والحجة فيه ليست حجة حاسمة . والصحيح أن الدولة تتمتع ، بالنسبة إلى الشيء العام ، بما يتمتع به المالك في ملكه ، فللدولة أن تملك الثمار والحاصلات الناتجة من الشيء العام وبما هو مدفون في باطنه من ركاز وكنوز ، ولها حق التعويض على من يتعدى على الشيء العام ، ولها أن ترفع دعوى الاستحقاق لتسرد ما ينقصه الأفراد من الأشياء العامة ، وأن تحتمى بدعوى الحيازة ، شأنها في ذلك شأن المالك تماماً . بل إن ملكية الدولة للشيء العام أقوى من ملكية الفرد للشيء الخاص ، فالدولة لا تكتفي بما يقدمه لها القانون الخاص من وسائل لحماية ملكيتها ، بل هي إلى جانب ذلك تستعين بسلطانها وسيادتها فتزعم ملكية الأفراد جبراً عنهم لاستكمال ما ينقص الشيء العام ، وتعتمد إلى أساليب القانون الإداري من اعتماد خطوط التنظيم وقصر الأفراد على مراعاة حدودها ، وتفرض عقوبات جنائية على من يعتدى على الشيء العام .

على أنه لما كان الشيء العام مخصصاً للمنفعة العامة ، فإن هذا التخصيص من شأنه أن يحور من حق الملكية الذي للدولة على الشيء العام ، ومن أهم مظاهر هذا التحوير ما يقتضيه التخصيص للمنفعة العامة من عدم جواز

(١) هوريو ص ٦٣٦ - جانس ص ٢٧ وما بعدها - دي لوبادير ص ١٦٧ وما بعدها -

محمد زهير جرائف ص ٧٩ - ص ٨٠ .

التصرف في الشيء العام ، ومن عدم قابليته للحجز ، ومن عدم جواز تحلّكه بالتقادم .

وينتهي أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن « حق الأشخاص الإدارية على ملأها العام إن هو إلا حق ملكية ، على أنه لما كانت هذه الملكية تبدو هنا وثيقة الصلة باعتبارات المنفعة العامة وأدخل لذلك في مجال القانون العام ، وشديدة التأثير بأحكامها ، فإنهم ينعونها بالملكية الإدارية تمييزاً لها عن الملكية العادية ، وإظهاراً للخصائص التي تفرق بين نطاق كل منهما »^(١) .

٦٢ — الانقسام في مصر في عهد التقنين المدني السابق بين الرأيين :

وقد تأثر الزعم والقضاء في مصر بهذا الانقسام الذي شهدناه في فرنسا بين الرأيين ، فوقع هذا الانقسام أيضاً في مصر في عهد التقنين المدني السابق . ولكن الرأي الذي كان متغلباً ، في عهد هذا التقنين ، هو الرأي الذي ينفي ملكية الدولة للشيء العام ، ويقتصر على أن يثبت لها ولاية إشراف وحفظ وصيانة . ولكن وجد مع ذلك من يقول بالرأي المعارض ، ويثبت للدولة حق ملكية في الشيء العام . فستعرض هنا كلا من الرأيين ، كما استعرضناهما في فرنسا .

٦٣ — الرأي الذي ينفي ملكية الدولة للشيء العام في مصر :

الرأي السائد في عهد التقنين المدني السابق هو ، كما قلنا ، الرأي الذي ينفي ملكية الدولة للشيء العام ، ويكيف حق الدولة بأنه ولاية إشراف وحفظ وصيانة دون أن يكون حق ملكية .

فن انبهماء الذين ذهبوا إلى هذا الرأي الأستاذ أحمد فتحي زغلول ، فهو يقول إن الحكومة تضع يدها على الشيء العام بصفتها حارسة لا بصفتها مالكة^(٢) . ويقول الأستاذ محمد كامل مرسى : « الأموال العامة هي الأموال المخصصة للمنافع العامة ، وهي في يد الحكومة بصفتها حارسة عليها ، لا بصفتها

(١) محمد زهير جرائد ص ٩١ . وانظر هوريو في موجز القانون الإداري طبعة ١١ ص ٦٣٨ وما بعدها — رسالة ويجو في الحقوق العينية الإدارية ص ٢٤٩ وما بعدها .
(٢) أحمد فتحي زغلول في شرح القانون المدني سنة ١٩١٣ ص ٤٩ .

مالكة لها ، أما ملكيتها فلأمة^(١) . وبهذا الرأي أخذ أيضاً أكثر فقهاء القانون الإدارى فى مصر ، ومنهم الأستاذ Lamba^(٢) والأستاذ مصطفى الصادق^(٣) والأستاذ محمد عبد الله العربى^(٤) .

وتأثر القضاء بالفقهاء ، ف قضى فى كثير من أحكامه بأن حق الدولة فى الشئ العام ليس بحق ملكية بل هو ولاية إشراف وحفظ وصيانة . وقررت محكمة المنصورة الكلية أن « طبيعة حق ملكية الحكومة للمنافع العامة تخالف طبيعة ملكية الأفراد ، إذ أن حق الملكية ، الذى يتكون من ثلاثة عناصر هى حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف ، لا تتوافر عناصره هذه فى حق ملكية الحكومة للمنافع العامة . فأما حق الاستعمال فلا تملكه الدولة بل تملكه عموم الناس حتى الأجانب ، وحق الاستغلال غير موجود لأن هذه الأموال فى الغالب لا تنتج ثماراً ، وحق التصرف ليس له محل لأن الاستعمال العام الذى تخضع له هذه الأموال يجعلها غير قابلة لأن تنقل إلى أياد أخرى ، حتى لقد ذهب بعض الشراح إلى مدى أبعد من هذا فقالوا بأن الدولة ليس لها على الأملاك العامة ملكية حقيقية ، بل لها عليها فرع من الولاية أو الإشراف وواجب الحفظ والمراقبة والإدارة^(٥) . وأكثر القضاء المختلط ينحو هذا النحو أيضاً . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة منذ البداية بأن أموال الدولة العامة لا يجوز وضعها تحت الحراسة ، لأنها أموال لا تستند إلى حق الملكية كأموال الدولة الخاصة ، ولكنها تستند إلى سلطان الدولة إذ هى مخصصة لسد حاجات الدولة وللمنفعة العامة^(٦) ، وقضت أيضاً بأن ليس لأحد ، ولا

(١) محمد كامل مرسى فى الملكية والحقوق العينية طبعه الثالثة سنة ١٩٣٣ الجزء الأول فقرة ١٠١ ص ١٠٣ - وانظر أيضاً مقالته فى الأموال الخاصة والعامة فى القانون المصرى لة القانون ، والاقتصاد السنة التاسعة ص ٢٧٥ فقرة ٢ .

(٢) لامبا فى القانون الإدارى المصرى ص ٤٥٣ وص ٤٥٦ .

(٣) مصطفى الصادق فى مبادئ القانون الإدارى المصرى والمقارن ص ٢٠٨ .

(٤) محمد عبد الله العربى فى مبادئ علم المالية والتشريع المالى ٢ سنة ١٩٣٨ ص ١٩ ، ومذكراته فى القانون الإدارى سنة ١٩٣٦ - سنة ١٩٣٧ فى تقسيم أموال الأشخاص الإدارية إلى أموال عامة وأموال خاصة .

(٥) المنصورة الكلية الوطنية ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ٢٠ رقم ٤٦ ص ١٠٦ - وانظر أيضاً أسيوط الجزئية ٨ يوليه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٨٩ ص ٧٥٤ .

(٦) استئناف مخطوط ١٥ فبراير سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية المختلطة ٢ ص ١٢٥ .

للدولة ، على الدومين العام حق الملكية الذى عرفته المادة ٢٧ مدنى ، وليس للدولة على هذا الدومين سوى ضرب من الحيازة تباشره باسم الناس جميعا ولمصلحتهم^(١) . وقضت كذلك بأن ليس للدولة أن تنتفع بمالها العام حتى فى حالة حيازة الغير له حيازة غير مشروعة ، فلا يجوز أن تطالب فى دعوى استحقاق جزء من المال العام بتعويض عن حيازته غير المشروعة^(٢) .

٦٤ — **الرأى الذى يثبت ملكية الدولة للشيء العام فى مصر :**
على أنه بالرغم من أن الرأى الذى بنى ملكية الدولة للشيء العام كان هو الرأى السائد فى عهد التقنين المدنى السابق ، إلا أن فريقا من الفقهاء وبعض المحاكم أخذت بالرأى المضاد ، وذهبت إلى إثبات حق الملكية للدولة فى الشيء العام . فالأستاذ وحيد رأفت يقول فى مؤلفه فى القانون الإدارى : « إن حق الدولة على الدومين العام أكبر من أن يكون مجرد إشراف ورقابة .. إنه قد آن لها كتما أن تعدل عن هذه النظرية العتيقة ، وتأخذ بفكرة حق الملكية المقيد بقيام التخصيص . قد لا يكون لهذا التحول كبير أثر من الوجهة العملية ، ولكن له أهميته من الناحية الفقهية . ثم أليس فى تسمية الدومين العام فى النص العربى للمادة ٩ مدنى أهلى باسم (الأملاك الأميرية) ما يفيد أنه الدومين العام مملوك للحكومة كالدومين الخاص^(٣) . ولكن الفقيه الذى برز فى هذا الميدان ، وخصص بحثا قويا فى « حق الدولة والأفراد على الأموال العامة » ، ألقاه دروسا فى قسم الدكتوراه ثم نشره فى كتاب مستقل فى سنة ١٩٤٣ ، هو الأستاذ محمد زهير جبرانه^(٤) . فقد عالج المسألة فى استفاضة وتقصاها فى نواحيها المختلفة فى فرنسا وفى مصر ، وخلص إلى الجزم بأن حق الدولة والأشخاص

(١) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٥ .

(٢) استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ - ومع ذلك انظر استئناف مخطط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦ وقد أقرت مبدأ التعويض على عكس الحكم المتقدم ، ولكن المحكمة فى حكم ثالث لم تقبل إن التعويض هو مقابل مافات الدولة من عدم الانقضاء ، بل إنه جزء لا بد منه لمنع اعتداءات الأفراد على الأموال العامة ، فهو أقرب إلى العقوبة الرادعة منه إلى التعويض الحقيقى (استئناف مخطط أول يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٩) .

(٣) وحيد رأفت فى القانون الإدارى جزء ٣ ص ١٠٢٢ .

(٤) وهذا الكتاب هو الذى نشر إليه فى خلال هذا المبحث .

لإدارية الأخرى في الأشياء العامة إنما هو حق ملكية حقيقية ، لا مجرد ولاية إشراف وحفظ وصيانة . ويسوق لتأييد رأيه الحجج الآتية : (١) أن حق الملكية يقوم في الواقع على ركنين ، حيازة الشيء ومكنة صاحبه من تعيين المنتفعين به ، فإذا ما أراد الاحتفاظ بهذا النفع لشخصه كنا بصدد ملكية فردية ، وإذا ما جعل هذا الانتفاع لغيره مع الاحتفاظ بحيازته للشيء لم تزل بذلك عنه ملكيته له وإن استحال في هذه الحالة إلى ملكية اجتماعية ، وهذا النوع من الملكية هو الذي للدولة على أموالها العامة^(٢) . (٢) يعتمد منكر وحق ملكية الدولة للشيء العام على عدم توافر العناصر المألوفة في الملكية من استعمال المالك لماله واستثماره والتصرف فيه . وليس الملكية جماعا لازما لهذه العناصر الثلاثة . ومع ذلك فإنه عند التدقيق يتبين ، خلافا لما يقال ، أن الحكومة تملك فعلا هذه العناصر الثلاثة في ملكيتها للشيء العام . ففيما يتعلق بحق التصرف تقول المادة ٩ ملنى أهل إن « للحكومة دون غيرها التصرف فيها » (أى في الأموال العامة) ، بمقتضى قانون أو أمر ، وهذا النص صريح في أن المشرع لم يرد أن يسد المنافذ أمام الإدارة في التصرف في المال العام ، وإنما اشترط في ذلك شكلا خاصا تتعين مراعاته ليصبح حق التصرف . فلإدارة أن تتصرف في المال العام بأن تنقله من حظيرة المنافع العامة إلى دائرة الأموال الخاصة ، هذا إلى ضروب أخرى من التصرف يختص بها القانون الإدارى . وفيما يتعلق بالاستثمار ليس ثمة تعارض بين الانتفاع بهار المال العام وبين تخصيصه للمنفعة العامة ، فجنى الثمار الطبيعية للأشجار القائمة على جوانب الطرق العامة مثلا لا يتناقى مع المنفعة العامة التي رصدت لها هذه الطرق ، وما يقال عن الثمار الطبيعية يقال عن الثمار المدنية ، والسكك الحديدية وخطوط التلغرافات والتلفونات تأتي للدولة بربح وفير . يبقى حق الاستعمال ، ولا يجوز القول بأن الشخص الإدارى لا يستعمل ماله العام ، وإذا كان تخصيص المال للمنفعة العامة يجعل استعماله مباحا للكافة فإن هذا لا يحرم الشخص الإدارى استعماله هو الآخر لهذا المال ، بل هناك من الأموال العامة ما لا يقل نصيب الشخص الإدارى في استعمالها عن نصيب سائر الأشخاص ككلور الوزارات والمصالح العامة . (٣) ولا يصح القول بأن عدم جواز التصرف في الشيء العام

(١) يشير الأستاذ جرة في ذلك إلى رسالة ص لويادير ص ٢١٦ وما يملها .

وعلم جواز الحجز عليه وعدم جواز تملكه بالتقدم من شأنه أن يسقط عن المال الصام صفة المملوكة ، فرتبات الموظفين مثلا لا يجوز التنازل عنها ولا الحجز عليها . وكذلك للملكية الزراعية الصغيرة لا يجوز الحجز عليها ، ولم يقل أحد إن المرتبات غير مملوكة للموظفين أو إن الأطيان الزراعية غير مملوكة لأصحابها . (٤) ليس هناك ما يدل على أن المشرع المصرى أراد أن ينشئ صفة للمملوكة عن الأموال العامة ، بل إن نعت الأموال العامة بعبارة « الأملاك الخيرية المخصصة للمنفعة العمومية » أو « أملاك الحكومة العامة » أو « الأملاك العمومية » ليدل على أنه لا يرى نزاع هذه الصفة عن الأموال العامة . (٥) التسليم بأن الدولة إذا أحالت المال العام مالا خاصا تملكه معناه أن توافر الملك أو انتظامه ومن بمشيتها ، فإذا لوحظ أن أموال الدولة العامة وأموالها الخاصة تضمها جميعا حظيرة مشتركة ، تبين أن هذه القدرة التى للشخص الإدارى على جعل ماله مالا عاما أو خاصا لا يفسرها إلا أنه مالك للمال فى الحالتين (١) .

وهناك أحكام أصلوها القضاء المصرى تثبت للدولة حق الملكية فى الشيء العام . فقد جاء فى حكم محكمة استئناف مصر : « وحيث إنه فيما يختص بالملكية فإن الحكومة تملك تلك الطرق العامة ملكا صحيحا لأنها تمثل المصلحة العامة التى وجبت هذه الطرق لخدمتها ، ولأن الحكومة تملك المنفعة أيضاً لأن لها حق تلجير ما تريده من أفاريز الشارع . أما العنصر الثالث وهو التصرف فى الملكية فقد نص فى القانون على أن الحكومة لها أن تخرج أى طريق خصص للمنفعة العامة من هذه المنفعة إلى الملك الخاص (٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تجريد المال العام من صفته العامة إنما هو استعمال من الدولة لحق ملكيتها فى الشيء العام إذ هى تتصرف فيه ، وليس لهذا التجريد من أثر قانونى إلا نقل المال العام إلى مال خاص للدولة ، فتستبقى الدولة بملك ملكيتها له (٣) . وقضت أيضاً بملكية الحكومة للأراضى المكونة لساحل البحر (٤) ، وأكدت هذا المعنى

(١) يشير الأستاذ جرائة فى هذا الصدد إلى مودير فى القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٦٤٥ بالمعنى ، ولدى جانس مقرة ٢٦٥ ص ١٦٣ .

(٢) استئناف مصر ٤ مارس سنة ١٩٣٩ فى القضية رقم ٥٧٢ استئناف سنة ٥٥ قضائية --- ومشار إليه فى عهد زهير جرائة ص ١١٨ هامش ١ .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٨ .

(٤) استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٨ .

في حكم آخر^(١) . وقضت بجواز أن ترفع الإدارة دعوى بتثبيت ملكيتها لعقار مخصص للمنفعة العامة^(٢) .

٦٥ - عدم صدور النقيب المدني الجبريد - للدولة حق الملكية في الشيء

المصم : لا شك في أن مشروع التقنين المدني الجديد كان صريحاً في أن للشخص المعنوي العام حق الملكية في الشيء العام ، فقد رأينا أن مشروع المادة ٨٧ مدني كان يجري على الوجه الآتي : «تعتبر أموالا عامة العقارات المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة . . »^(٣) . فكان هذا النص يحمل دليلين على مملوكية الشيء العام للدولة : (١) دليلاً صريحاً هو عبارة « المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة » التي وصفت بها الأموال العامة . (٢) دليلاً آخر يستخلص من تعدد الدومين العام ، فإدام الدومين العام يمكن أن يكون للدولة كما يمكن أن يكون للأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، كما جاء صراحة في النص ، فعلى ذلك أن الدومين العام مملوك للشخص الإداري الذي يقيمه ، إذ لو لم يكن مملوكاً له لما تعدد الدومين العام ولما أمكن أن يكون لكل من الأشخاص المعنوية العامة المتعددة دومين عام يقيمه خاصة ، ولوجب إرجاع كل الدومين العام إلى إشراف الدولة وحدها دون غيرها من الأشخاص المعنوية الأخرى ، وستعود إلى هذه المسألة فيما يلي ببيان أوفى^(٤) . ولما عرض النص سالف الذكر على لجنة المراجعة ، لم تنبهه إلا إلى الدليل الأول الصريح ، فحذفت كلمة « المملوكة » « تجنباً للأخذ برأى قاطع في حل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال »^(٥) . واستقر النص أخيراً في التقنين المدني الجديد على الوجه الآتي : « تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية الأخرى ... » . ونرى من ذلك أن لجنة المراجعة قصدت ألا تقطع برأى في مملوكية الشيء العام للشخص الإداري ، وآثرت أن تترك ذلك للفقه والقضاء .

(١) استئناف مخطوط ١٦ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٦ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٠ .

(٣) انظر آتفا فقرة ٤٤ في الماش .

(٤) انظر ما يلي فقرة ٧٢ .

(٥) انظر آتفا فقرة ٤٤ في الماش .

وبعد صدور التقنين المدني الجديد لم يتناول المسألة إلا عدد قليل من الفقهاء .
 فالأستاذ محمد كامل مرسى ، وكان رأيه في عهد التقنين المدني السابق هو كما
 رأينا أن الأشياء العامة « هي في يد الحكومة بصفتها حارسة عليها لا بصفتها مالكة
 لها ، أما ملكيتها فلائمة »^(١) ، نراه في عهد التقنين المدني الجديد يميل إلى
 الأخذ بالرأى الآخر . فهو بعد أن يستعرض الرأين في فرنسا ينتهي إلى تأييد
 الرأى القائل بأن حق الدولة هو حق ملكية ، إذ يقول : « وهناك أمثلة كثيرة
 في القانون يؤخذ منها أن حق الدولة حق ملكية : (١) فالهاكم تقرر لمصلحة
 الدولة (أ) الأشخاص الاعتبارية العامة (وجود دعوى استحقاق حقيقية . (ب)
 للدولة الحق في رفع دعاوى الحيازة لمنع التعدي الذي يحصل على متعلقات الملك
 العام . (ج) للدولة حق منح امتيازات في الأملاك العامة ، كإجارة الشواطئ
 لوضع أكواخ خشبية للاستحمام . (د) الحاصلات الطبيعية التي تنمو في
 الطرق والأشجار ملك خاص للدولة الخ . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة
 قضت بأن ليس للحكومة أن تنزع من ملكها العام ، حتى في حالة وضع اليد
 غير المبرر به ، بأن تطالب في دعوى الاستحقاق المرفوعة في شأن جزء من
 الملك العام بتعويض مقابل الحيازة غير المبرر بها . ولكن يظهر أنها عدلت
 عن ذلك ، إذ قضت بأن للحكومة طلب تعويض مقابل حيازة العقار ،
 فلمصلحة السكك الحديدية الحق في طلب تعويض ممن يزرع الخندق الممتد
 بجوار شريط السكة الحديدية »^(٢) . ويلاحظ أن الأستاذ محمد كامل مرسى
 في الصحيح التي استند إليها في القول بحق ملكية الدولة لم يورد حجة ترجع إلى
 التقنين المدني الجديد ، بل إن كل الصحيح التي أوردها كانت حججاً سائفة
 في عهد التقنين المدني السابق ، فهو إذن ، بعد أن ترك التقنين المدني الجديد
 الباب مفتوحاً فيما رأينا للقول برأى أو بآخر ، أعاد النظر في رأيه الأول
 وانتهى إلى تأييد الرأى القائل بملكية الدولة للشيء العام على النحو الذي رأيناه .
 أما الأستاذ سليمان مرقس فيرجح ملكية الدولة للشيء العام ، ويستند في ذلك
 إلى حجة يستمدّها من التقنين المدني الجديد إذ سمى هذا التقنين الشيء العام
 بالمال العام ، ناظراً في ذلك إلى ما ترتب للدولة من حق ملكية في الشيء العام

(١) انظر آتفا فقرة ٦٣ .

(٢) محمد كامل مرسى ١ طبعة ثانية فقرة ١١٤ ص ١٢٢ - ص ١٢٤ .

فجازت تسميته مالا . وهو يقول في هذا الصدد : « وقد ثار الجدل في طيبة حق الأشخاص المعنوية العامة على الأشياء المخصصة للمنفعة العامة : أهو حق ملكية بمعنى الكلمة أم هو فقط ولاية إشراف وحفظ وصيانة ؟ والراجع في هذا الشأن أن الأشخاص المعنوية العامة تملك الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ملكية مقيدة بتخصيصها للمنفعة العامة : كما يستفاد ذلك من عبارة المادة ٨٧ مدني جنيد ، ولذلك جازت تسمية هذه الأشياء أموالا عامة باعتبار حق الملكية المترتب عليها للأشخاص المعنوية العامة^(١) » . فإذا أضفنا إلى هذين الفقيهين من كان يقول بملكية الدولة في عهد التقنين المدني السابق — الأستاذ وحيد رافت والأستاذ محمد زهير جرانة — نخلص لنا أن فكرة ملكية الدولة قد أخذت مكانها في الفقه المصري وبدأت تستقر فيه .

غير أن فقها مصرياً — الأستاذ محمد علي عرفة — وهو ممن كتبوا في عهد التقنين المدني الجديد ، لم يأخذ بهذه الفكرة ، بل أخذ بالفكرة الأخرى وهي قصر حق الدولة على ولاية الإشراف والحفظ والصيانة ، ويقول^(٢) في تأييد فكرته إن عناصر الملكية كما وردت في المادة ٨٠٢ مدني هي الاستعمال والاستئذان والتصرف ، فأما حق ليس من طبيعته أن يستجمع هذه العناصر الثلاثة فإنه لا يعد من قبيل الملكية . وإسقاط عناصر الملكية الثلاثة في مجال الأموال العامة هو الأصل الثابت لما يحكم تخصيصها للمنفعة العامة ، وهذا الأصل يتعارض مع جوهر حق الملكية وما ينبغي أن يتوافر له من مقومات . فالتخصيص للمنفعة العامة هو في ذاته الذي يتعارض مع جوهر الملكية ، ومن ثم يؤدي إلى إنكار ملكية الدولة للأموال العامة^(٣) . والقول بأن الدولة حارسة

(١) سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية طبعة ثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ٢٩١ ص ٤٥٢ -

ص ٤٥٣ .

(٢) محمد علي عرفة فقرة ١٢٣ .

(٣) ويقول الأستاذ محمد علي عرفة : « وأبلغ من ذلك في الدلالة على تأييد المشرع لوجهة نظرنا أن المادة ١١٩ من المشروع التجهيزي كانت تنص على أن تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة ، فلما تليت المادة في لجنة المراجعة حذفت كلمة (المملوكة) منها تجنباً للأخذ برأى قاطع في حل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال . فلو أن المشرع أراد أن يقطع بملكية الدولة لهذه الأموال ، وهو الرأي الذي اتجه إليه الفقه الإداري الحديث ، لما أتمم على حذف هذه الكلمة ، وفي حذفها إياها دليل على عدم اقتناعه بوجهة هذا الرأي » (مد على عرفة فقرة ١٢٣ ص ١٥١) .

على الأموال العامة لا مالكة لها لا يحول دون امتداد الحماية التي أصبحت على الأموال العامة إلى الأموال التي تخصها الأشخاص الاعتبارية العامة للنفع العام ، كما أنه لا يمنع من تملك الدولة ثمار تلك الأموال وحاصلاتها^(١) ، ولا ينفي أخيراً عن الدولة حقها في الدفاع عن الأموال العامة بدعوى وضع اليد أو بغيرها من الدعاوى^(٢) .

(١) ويقول الأستاذ محمد علي عرفة في هذا الصدد : « والحق أن تملك الدولة ثمار حاصلات الأموال العامة ليس محل خلاف ، ولكننا لا نرى فيه أثراً من آثار ملكية الدولة للأموال العامة ذاتها ، بل إن إنتكاز ملكية المال العام لا يستتبع حتماً إنتكاز ملكوية الدولة لثماره وحاصلاته . فإما دعا إلى نفي الملك عن المال العام تخصيصه لمنفعة العامة ، وهذه صفة لا تتوافر فيما قد ينتج من ثمار وحاصلات . أما السبب في تملك الدولة بالذات لهذه الثمار والحاصلات فهو كونها صاحبة الولاية العامة على الأموال العامة ، وتأسيساً على ذلك تكون هي وحدها صاحبة الحق في تحصيل ثمار وحاصلات هذه الأموال » محمد علي عرفة بقرة ١٢٥ ص ١٥٤ .

والقول بأن تملك الدولة لثمار مؤسس على عدم تخصيصها لمنفعة العامة ، وعلى أن الدولة هي صاحبة الولاية على الأموال العامة ، غير مجد . فعدم تخصيص الثمار لمنفعة العامة لا يفيد إلا أنها تقبل تملك الخاص ، ولكن من يملكها ؟ ليس هو صاحب الولاية العامة ، بل هو مالك الأصل الذي أنتج الثمار ، فإذا تملكها الدولة كانت هي مالكة الأصل أي مالكة المال العام نفسه .

(٢) ويقول الأستاذ محمد علي عرفة في هذا الصدد : « وليس من العسير تبرير حق التنازل الدولة والأشخاص الإدارية الإقليمية إلى دعاوى وضع اليد ، فإن الالتجاء إلى هذه الدعاوى غير قاصر ، كما نعلم ، على الملاك ، بل إن النفاذ منها هي حماية الحياة لذاتها ، وحيازة الأموال العامة ثابتة للدولة . أما الالتجاء لدعاوى الاستحقاق في سبيل حماية الأموال العامة ، فهو الذي يحسد عليه أنصار المملوكية لتدعيم وجهة نظرم . والواقع أن الدعاوى التي ترفعها الجهة الإدارية على من نصب المال العام ليست من قبيل دعاوى الاستحقاق المألوفة في نطاق القانون الخاص . فدعوى الاستحقاق المدنية تركز على إثبات الملكية لرافعها ، أما الدعاوى التي ترفعها الجهة الإدارية على من نصب المال العام تركز على إثبات التخصيص لمنفعة عامة وما يستتبعه من عدم جواز اكتساب ملكية هذا المال بالتقادم . وآية ذلك أنه في وسع المدعى عليه في دعوى الاستحقاق المدنية أن يعيط سري رافعها إلى استرداد المال المنصب بالاستحجاج بتملك هذا المال بالتقادم ، وهو دفاع غير مقبول من من نصب المال العام » (محمد علي عرفة بقرة ١٢٦ ص ١٥٥) .

وظاهر أن هذا القول لا يكتفي لتفديم حق ملكية الدولة ، إذ الدولة لا تحوز الأموال العامة إلا لأنها مالكة لها . ولو كانت حيازة الدولة فرعاً من سيادتها لا عن ملكيتها ، لكانت الحيازة حيازة سيادة لا حيازة ملكية ، وحيازة لا يادة ليست في ساحة إلى دعاوى وضع اليد ولم توجد هذه الدعاوى هذا الضرب من الحيازة . ثم إن الدولة إذا رفعت دعوى الاستحقاق فإنما ترفعها باعتبارها مالكة ، ولا جدوى من القول بأنها ترفع دعوى الاستحقاق لأن المال لا يقبل تملك بالتقادم فالدولة تستطيع أن ترفع دعوى الاستحقاق حتى قبل اكتمال مدة التقادم ، حيث لا تثار مسألة التقادم أصلاً . وكل ما لعدم قابلية المال العام لتملك بالتقادم من أثر ، هو أن للدولة تسليح رفع دعوى الاستحقاق قبل اكتمال مدة التقادم وبعد اكتمالها ، وهي في الحالتين إنما ترفع دعوى الاستحقاق ، مستندة إلى ملكيتها لا إلى سيادتها .

وقد قلنا أن التقنين المدني الجديد ترك الباب مفتوحاً أمام الفقه والقضاء للأخذ بأحد الرأيين ، ولكن نص المادة ٨٧ مدني يحمل مع ذلك أثر المشروع التمهيدى وما كان يذهب إليه هذا المشروع من حق الملكية للدولة ، وذلك في ناحيتين : (١) ما أشار إليه الأستاذ سليمان مرقس فيما قلناه من تسمية النص للأشياء العامة « بالأموال العامة » باعتبار حق الملكية المترتب عليها للأشخاص المعنوية العامة^(١) . (٢) إيراد النص للدومين العام متعدداً ، إذ يقول : « العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة » ، وما يحمله هذا التعدد من دلالة ملكية كل شخص إدارى للدومين العام الذى يبعه^(٢) .

وإذا قلنا إن هذا لا يكتفى للتدليل على ملكية الدولة للشيء العام أمام ما ظهر بوضوح في لجنة المراجعة . بعد حذف لفظ « المملوكة » ، من أن المقصود بهذا الحذف تجنب « الأخذ برأى قاطع في هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال » ، فإن كل ما يفهم من حذف لفظ « المملوكة » هو تجنب المشرع لأن يكون الأخذ بأحد الرأيين أمراً يحتمه التشريع ذاته . وهذا لا يمنع من القول بملكية الدولة للأشياء العامة ، في ظل التقنين المدني الجديد ، لا امتداداً إلى نص التشريع ، ولكن أخذاً بالاعتبارات القانونية السليمة . وفي نظرنا أن هذه الاعتبارات تقضى بأن الأصل أن يكون لكل شيء مالك ، ولا يستثنى من ذلك إلا الأشياء التى لا تقبل بطبيعتها التملك كالهواء والبحر ، وهذه الأشياء لا شأن لنا بها هنا . أما الأشياء التى تقبل التملك بطبيعتها ، فهى ما لم تكن أشياء متروكة أو منقولة لا مالك له ، وهذا وتلك غير الشيء العام ، لا بد لنا من مالك . صحيح أن الوقف لا مالك له ، ولكن الوقف نظام إسلامي خاص تنسب فيه ملكية المال الموقوف إلى الله تعالى ، وبديهي أنه لا يصح قياس المال العام على المال الموقوف . وحتى العقار المباح ، تنسب ملكيته في النهاية إلى الدولة . يبقى بعد كل ذلك الشيء العام ، وهذا أيضاً لا بد له من مالك . فإن قيل إن « الأمة » هى المالكة للشيء العام ، كما قيل ذلك فعلاً ، « فالأمة » قد تكون تعبيراً اجتماعياً أو تعبيراً سياسياً ، ولكنها ليست بتعبير قانونى . والذى يمثل الأمة في القانون هو الدولة ، فلا مناص إذن : إذا أريد

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة .

(٢) انظر آنفاً نفس الفقرة .

القول بأن الشيء العام مملوك للأمة ، من القول بأنه مملوك للدولة . ومن ثم تكون الدولة ، وهى المهيمنة على المصالح العامة للأمة ، وهى التى تتمثل فيها الأمة من الناحية القانونية ، هى المالكة للأشياء العامة . ولا ضير من القول بذلك ، مادامنا نقول إن ملكية الدولة للشيء العام هى ملكية مقيدة بتخصيص هذا الشيء للمنفعة العامة ، فبرد على هذه الملكية من القيود ما يقتضيه هذا التخصيص . فإذا زال تخصيص الشيء للمنفعة العامة ، عاد الشيء مملوكاً للدولة ملكية خاصة ، وزالت القيود التى كان التخصيص يقتضيها . وهذا التكييف فى نظرنا هو الذى يستقيم فى تحليل طبيعة حق الدولة على الشيء العام ، وهو وحده الذى يملية المطلق القانونى السليم .

§ ٤ - الأحكام التى تخضع لها الأشياء العامة

٦٦ - الاستحسان العامة تخضع للأحكام التى تنص مع طبيعة من

الاستحسان الإدارى فيها : قلنا أن حق الشخص الإدارى فى الشيء العام هو حق ملكية ، ولكنه حق مقيد بتخصيص الشيء للمنفعة العامة ، ولذلك سمى بحق ملكية إدارية . فالأحكام التى تخضع لها الأشياء العامة هى التى يقتضيها حق الملكية الإدارية هذا^(١) ، ومن هذه الأحكام ما يترتب على أن

(١) ويترتب على ذلك مبدئياً أن الدولة حق التصرف فى الشيء العام بما تقتضيه المنفعة العامة ، ومع مراعاة حقوق الأفراد. وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للملاك من الحقوق المكتسبة إلا ما تقرره لم القوانين ، فإن كان ملكهم واقفاً على شوارع عامة ، ففى حقهم منصرف فى تمكينهم من الوصول إليه بطلق الحرية وفى تمتعهم بما هو ضرورى من النور والهواء . أما الجهة الحكومية القائمة على الشوارع العامة فإن حقها فى تعديلها وفى إلغائها هو حق أصيل ثابت لها ، تأخذ به كلما أرادت ، على شرط واحد هو أن تمكن أولئك الملاك من حقهم المنحصر فيما تقدم وهو الوصول إلى ملكهم بطلق الحرية وتمتعهم بما هو ضرورى من النور والهواء . فإذا كان الثابت بالملك أن ملك الطاعة - الذى كان محوطاً بثلاثة شوارع نافذة - باق على أصل وضعه وما يحيط به من الشوارع ، وكل ما فى الأمر أن المجلس البلدى ألقى للركن البحرى الغرب من هذا الملك قد الشارع الواقع غربيه بمحاذاة الحد البحرى له ، فهذا الذى أثبتته المحكمة فى الموضوع - مما لا رقابة فيه لمصلحة النقض - لا يمكن تكليفه إلا بأن المجلس البلدى أخذ بحجة الذى لاشبهة فيه ، ولم يكن لصاحب الملك أى حق قانونى يتعارض مع حقه الذى أخذ به . ومنى كان الأمر كذلك ، فحكم القانون هو عدم إجابة صاحب الملك إلا ما يطلبه من التمييز بدعى أن تصرف المجلس قد ألحق به ضرراً (نقض مدونة ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٢ ص ٧٧٢ - وانظر ألفا فقرة ٥١) .

حق الشخص الإدارى هو حق ملكية ، ومنها ما يترتب على أن حق الملكية هذا هو حق مقيّد .

(١) . من الشخص الإدارى هو من ملكية :

٦٧ — ما يترتب منه الاعطاف على أنه من الشخص الإدارى هو

من ملكية : يترتب على أن حق الشخص الإدارى هو حق ملكية ما يأتى :
(١) يكون للشخص الإدارى الحق فى رفع دعوى الاستحقاق لحماية ملكيته ،
وفى رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته . (٢) ويكون للشخص الإدارى باعتباره
مالكاً ، أن يملك التمار والحاصلات التى ينتجها الشيء العام . (٣) ويكون له
أيضاً ، باعتباره مالكا ، تملك الطمى وتملك الركاز المدفون . (٤) ويكون
له أخيراً حق التعويض . (٥) ومادام كل شخص إدارى يملك الشيء العام
الذى يتبعه : فإن الدومين العام يتعدد بتعدد الأشخاص الإدارية التى تتبعها
الأشياء العامة .

فهذه نتائج خمس ترتب على أن حق الشخص الإدارى هو حق ملكية ،
نبهنا على التعاقب .

٦٨ — دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة : جرى الفقه والقضاء فى
فرنسا على أن يكون للشخص الإدارى ، حماية لحق ملكيته فى الشيء العام
وحماية لحيازته إياه ، دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة ، شأن الشخص
الإدارى العام فى ذلك شأن الأفراد . فالملكية الإدارية الثابتة للشخص الإدارى
فى الشيء العام هى إذن كالملكية العادية (الملكية المدنية) تحمىها دعوى الاستحقاق
التي لا تعطى إلا للمالك ، وتحمى حيازتها دعاوى الحيازة ، وفى هذا دليل
قاطع على أن حق الشخص الإدارى فى الشيء العام إنما هو حق ملكية صحيحة .
وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، غير مرة ، بأن للشخص الإدارى
أن يرفع دعوى الاستحقاق على معتصب الشيء العام ، يسترد بها الشيء
المعتصب (١) . وقضت كذلك بأن للشخص الإدارى أن يرفع دعاوى الحيازة ،

(١) نقض فرنسى ١١ يولييه سنة ١٨٩٢ سيرة ١-٩٣-٣٩-٢ فبراير سنة ١٩٠٤
سيرة ١-١٩٠٤-٣٠٦ - وانظر أيضاً تعليقات Japloz فى المجلة الفصلية لقانون المدن .
سنة ١٩١٢ ص ٢٥٩ وما بعدها وخمسة ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥ .

يرد بها الاعتداء الواقع من الأفراد على حيازته للشيء العام^(١).

وفي مصر أثبتت محكمة الاستئناف المختطة للدولة حق رفع دعوى الاستحقاق ، وإن أنكرت في بادئ الأمر أن يكون للدولة حق التعويض عن الحيازة غير المشروعة . فقضت بأنه لا يحق للدولة أن تطالب ، في دعوى الاستحقاق المرفوعة بشأن جزء من المال العام ، بتعويض عن حيازته غير المشروعة^(٢) . ولكن ما لبثت المحكمة أن صححت هذا الخطأ ، وأقرت مبدأ التعويض كما سرى عند الكلام في حق التعويض^(٣) .

والشخص الإداري يجمع ، إلى دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة وهي وسائل القانون الخاص في حماية الملكية والحيازة ، وسائل القانون العام . فيحق له رفع الدعوى الجنائية على من يعتدي على المال العام ، وله أن يزيل آثار الاعتداء بالطرق الإدارية^(٤) .

٦٩ — تلك الثمار والحاصلات : لا خلاف في أن الشخص الإداري يملك ثمار الملك العام الذي يتيحه كما يملك حاصلاته^(٥) . وتملكه ثمار الشيء العام وحاصلاته إنما هو فرع عن تملكه للشيء العام نفسه ، فمالك الأصل هو الذي يملك ما ينتج عن هذا الأصل من ثمار وحاصلات . وهذا هو التعليل الصحيح لتلك الثمار والحاصلات ، وغيره من التعليلات لا يجدي . فقد قيل مثلاً إن الثمار والحاصلات ليست مخصصة للمنفعة العامة ، ومن ثم

(١) نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢-١-٤١ - وانظر أيضاً رسالة Viehl من تولوز سنة ١٩٠٨ .

(٢) استئناف غخط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ .

(٣) انظر ما يلي فقرة ٧١ - وانظر آتفا فقرة ٦٣ في آخرها .

(٤) محمد زهير جريدة ص ١٠٥ .

(٥) هوريو في موجز القانون الإداري طبعة ١١ ص ٦٤٠ وما بعدها - ويجه رسالته في الحقوق البنية الإدارية فقرة ٤ ص ٢٣ وما بعدها - مجلس الدولة الفرنسي ٢٤ فبراير سنة ١٩١١ سيرة ١٩١٢ - ٣ - ٧٣ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٥ - ٣ - ١٧ وتعليق هوريو عليهما .

تكون قابلة للتملك الخاص ، فيملكها الشخص الإدارى ملكية خاصة^(١). ولكن هنا التعليل لا يستقيم ، إذ مع التسليم بأن الثمار والحاصلات غير مخصصة للمنفعة العامة يبق أن نعرف لماذا يملكها الشخص الإدارى بالذات ، وبأى سند يملكها . والثمار والحاصلات ليست شيئاً مستقلاً وإنما هي فرع عن أصل ، ولا يملكها إلا من يملك الأصل ، فإذا كان الشخص الإدارى هو الذى يملكها فلا بد أن يكون مالكا للأصل ، أى مالكا للشيء العام ذاته .

وقيل أيضاً إن تملك الشخص الإدارى للثمار والحاصلات إنما هو مقابل التكاليف التى يتحملها فى سبيل حفظ الشيء العام وصيانته وإدارته^(٢) . وهذا القول لا سند له من القانون ، فليست هناك قاعدة تقضى بأن من يقوم بحفظ الشيء وصيانته وإدارته يملك فى مقابل ذلك ثماره وحاصلاته . ولا تقوم هذه المقابلة إلا بموجب اتفاق أو نص تشريعى ، أما القواعد العامة فتقضى بأن من يقوم بحفظ الشيء وإدارته إذا استحق مقابلاً أخذه ممن يكون ملزماً به ، وتبقى الثمار والحاصلات ملكاً لمن يملك الأصل .

وقيل أخيراً إن الشخص الإدارى إنما يملك الثمار والحاصلات بموجب حيازته للشيء العام^(٣) . وهذا القول أيضاً يتعارض مع ما يقضى به القانون ، فالخاتر إنما يملك الثمار إذا وضع يده على ملك غيره وهو حسن النية ، فيملك ما يجنيه من الثمار إلى أن يصبح سيئ النية أو إلى أن يرفع المالك عليه الدعوى . ولا شيء من ذلك قائم فى الحالة التى نحن بصددنا ، فالشخص الإدارى فى حيازته للشيء العام لا يحوز ملك غيره ، ولن يتقدم مستحق للشيء العام يطالب باستحقاقه إياه حتى يحتج الشخص الإدارى بحسن نيته لتملك الثمار التى قبضها . والصحيح أن الشخص الإدارى هو المالك للشيء العام ، وأنه باعتباره مالكا - لا حائزاً - يملك لا الثمار فحسب ، بل أيضاً المنتجات التى لا تجلدى الحيازة فى تملكها .

(١) ديسى فى الدومين العام ٢ ص ١٧٧ - برتلى فى القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٤٨٣ -

محمد كامل مرسى فى مقاله فقرة ٨٠ .

(٢) برودون فى الدومين العام جزء أول ص ٢٧١ - برتلى فى القانون الإدارى طبعة

١١ ص ٤٩١ .

(٣) چانس فقرة ٢٧٢ ص ١٩٩ .

٧٠ - **ملك الطمي والثرع المرفوق** : وقد استقر الفقه والتضاء في فرنسا على أن طمي النهر أو الثرعة الذي يتصل بطريق عام ملاصق للنهر أو الثرعة يكون مملوكا للشخص الإداري الذي يتبعه هذا الطريق العام ، وذلك بموجب المادة ٥٥٦ مدني فرنسي التي تقضي بأن يؤول الطمي للمالك المجاور. فالشخص الإداري ، يحكم ملكيته للطريق العام ، يملك طمي النهر (أو الثرعة) الملاصق لهذا الطريق ^(١) .

كذلك يملك الشخص الإداري الركاز المدفون في الشيء العام المملوك له ، باعتبار أن الملكية تشمل الأرض وما فوقها وما تحتها . وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الفحم ، الذي يثر عليه في منطقة ميناء وهران الملتزمون بأشغال عامة في المنطقة المذكورة ، يكون ملكا للدولة ^(٢) .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٢ مدني مصري على أن « الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون مالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو المالك رقبته » . وتطبيقا لهذا الحكم يكون الشخص الإداري في مصر مالكا للكنز المدفون أو المخبوء في ماله العام ، وذلك بموجب ملكيته لال العام ، هذا إلا إذا استطاع أحد أن يثبت ملكيته للكنز فيكون له ^(٣) .

٧١ - **حق التعويض** : وإذا اعتلى أحد على المال العام ، كان للشخص الإداري الذي يملكه مطالبة المعتدي بالتعويض ، وذلك استنادا إلى ما للشخص الإداري من حق الملكية . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة ، كما قلنا ^(٤) ، تتردد في الحكم بالتعويض . فقضت في بادئ الأمر بأن الدولة لا يمت لها أن تطالب بتعويض عن الحيازة غير المشروعة ^(٥) . ثم ما لبثت أن قضت بتعويض

- (١) نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٨٣٢ سيريه ٣٣-١-٣٥-١٦ فبراير سنة ١٨٣٦ سيريه ٣٦-١-٤٠٥-٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٧-١-٤٠٥ - هورير في موجز للقانون الإداري طبعة ١١ ص ٦٤٠ وما بعدها - رسالة ريجو في الحقوق المينية الإدارية فقرة ٤ ص ٢٣ وما بعدها - يرتلي في القانون الإداري طبعة ١١ ص ٤٨٣ - جانس فقرة ١٢٠ ص ٦٧ .
- (٢) مجلس للدولة للفرنسي ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٥-٣-١٧ .
- (٣) محمد زهير جرافة ص ٢١٣ .
- (٤) انظر ألفا فقرة ٦٨ و فقرة ٦٣ آخرها .
- (٥) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ .

هل من زرع الخندق الممتد بجوار شريط السكة الحديدية ، وهو عالم بحاته وبوجه الانتفاع الظاهر به^(١) . ثم انتهت إلى إقرار مبدأ التعويض^(٢) ، ولكن لا كقابل لما فات الدولة من منافع أموالها العامة ، بل كجزاء لا يده منه لمنع اعتداء الأفراد على المال العام^(٣) . ثم أطلقت حتى الحكومة في أن تعوض عن حيازة الغير لمالها العام^(٤) .

٧٢ — تصور المومين العام : لما كان الشخص الإدارى يملك ملكية صحيحة الشيء العام الذى يتبعه ، فإنه يترتب على ذلك أن الدومين العام يتعدد بتعدد الأشخاص الإدارية التى تملك أشياء عامة . فكل شخص إدارى يملك أشياء عامة يكون له دومين عام يشتمل على هذه الأشياء ، فإذا تعددت الأشخاص الإدارية التى تملك أشياء عامة ، كالدولة والأشخاص الإدارية الإقليمية والأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، كان لكل شخص إدارى منها دومين عام مستقل عن الدومين العام المملوك للشخص الآخر . ويترتب على تعدد الدومين العام (multiplicité du domaine public) أنه إذا أريد نقل الشيء العام من ذمة شخص إدارى إلى ذمة شخص إدارى آخر ، كتحويل مستشفى تابع لإحدى البلديات إلى الدولة أو تحويل مدرسة تابعة للدولة (وزارة التربية والتعليم) إلى إحدى البلديات ، وجب أولاً أن يتم التراضى بين الشخصين الإداريين صاحبي الشأن ، ثم يكون للشخص الإدارى الذى تجرد من ماله الحق في التعويض بتقاضاء من الشخص الإدارى الذى أضيف إليه هذا المال ، وهذا ما يسمى بمبادلات الأموال العامة (mutations domaniales) .

وفي الرأى الذى يقول بأن الشخص الإدارى لا يملك المال العام ويقتصر حقه على ولاية إشراف وحفظ وصيانة ، تترتب نتائج هى عكس النتائج التى قلناها . ذلك أن مجموعة الأموال العامة ، سواء ما كان منها تابعا للدولة

(١) استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨١ .

(٢) استئناف مخطوط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦ .

(٣) استئناف مخطوط أول يوتيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٩ .

(٤) استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٩ — وانظر في كل ذلك محمد زهير

أو ما كان تابعا لأشخاص إدارية أخرى ، تعتبر في هذا الرأى الثانى وحدة شاملة تبسط عليها الدولة ولايتها ، ولا يكون للأشخاص الإدارية الأخرى حق ذاتى فى هذه الأموال ، ويقتصر الأمر بالنسبة إليها على مباشرتها اختصاصات معينة يقررها التشريع الإدارى . ومن ثم تكون مجموعة الأموال العامة خاضعة فى حراستها وصيانتها لولاية الدولة واختصاصات الأشخاص الإدارية الأخرى ، ولا يكون هناك تعدد للدومين العام ، بل يحل محل هذا التعدد وحدة الدومين العام (*unité du domaine public*) . فإذا أريد نقل شيء عام من تبعية الدولة إلى تبعية شخص إدارى آخر ، أو من تبعية شخص إدارى إلى تبعية الدولة أو إلى تبعية شخص إدارى آخر ، فإن هذا لا يقتضى التراضى بين الدولة والشخص الإدارى الآخر أو بين الشخصين الإداريين ، بل يكفى صدور أمر إدارى من الدولة لإجراء هذا النقل ، ولا محل لتعويض الشخص الإدارى أو تعويض الدولة عن الحرمان من الانتفاع بالمال العام .

وفى قضية فرنسية مشهورة عرض الأمر على كل من محكمة النقض الفرنسية ومجلس الدولة الفرنسى ، فأعلنت محكمة النقض مبدأ وحدة الدومين العام ، فى حين أن مجلس الدولة أخذ بمبدأ تعدد الدومين العام^(١) .

أما فى مصر فالواجب القول بتعدد الدومين العام وبترتيب نتائج هذا التعدد على النحو الذى بسطناه ، وذلك بصريح نص المادة ٨٧ مدنى على ما بينا^(٢) ، واستنادا إلى أن للشخص الإدارى - الدولة أو غيرها من الأشخاص الإدارية الإقليمية أو المصلحية - فى الأموال العامة التابعة له حق ملكية لا شك فيه^(٣) .

(١) انظر نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٩ - ١ - ٢٥٧ وتعليق *Sarrat* - لس الدولة الفرنسى ١٦ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١١ - ٣ - ٧٥ تعليق هوريول الحكم فى مجموعة القضاء الإدارى جزء ٣ ص ٢١١ وما بعدها - وانظر فى تفاصيل القضية محمد زهير جرائقة ص ٩٦ - ص ١٠١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٥ .

(٣) انظر فى تعدد الدومين العام محمد زهير جرائقة ص ١٩٩ - ص ٢١٢ .

(ب) — من الشخص الإدارى هو من مفيد :

٧٣ — ما يترتب منه الأداء على أنه من الملكية الإدارية هو

هو مفيد : قلنا أن حق الملكية الذى للشخص الإدارى فى المال العام هو حق مفيد بتخصيص الشيء للمنفعة العامة ، ولذلك سمى بحق ملكية إدارية^(١) ويترتب على أن حق الملكية الإدارية هو حق مفيد ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٧ مدنى ، فقد رأيناها تقول : « وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » ، ومن ثم ترتب النتائج الآتية : (١) عدم جواز التصرف فى الشيء العام ، لأن التصرف فيه يتناقض مع تخصيصه للمنفعة العامة . (٢) عدم جواز الحجز على الشيء العام ، لأن الحجز يؤدى إلى بيع الشيء العام جبراً ، أى إلى التصرف فيه ، والتصرف ممنوع كما قلنا (٣) عدم جواز تملك الشيء العام بالتقادم ، لأن التملك بالتقادم كالتصرف يتناقض مع تخصيص الشيء العام للمنفعة العامة . فهذه نتائج ثلاث نبحثها على التعاقب .

٧٤ — عدم جواز التصرف فى الشيء العام : الشيء العام مملوك

ملكه صالحة للشخص الإدارى الذى يقبضه هذا الشيء كما قلنا ، ولكن لما كان الشيء مخصصاً لمنفعة عامة فإن مقتضى ذلك أنه لا يجوز للمالك — أى للشخص الإدارى — أن يتصرف فى الشيء العام بما يتعارض مع المنفعة العامة التى خصص لها . فلا يجوز للشخص الإدارى أن يبيع الشيء العام ، أو أن يهبه ، أو أن يرهنه ، أو أن يجرى فيه أى تصرف آخر يتعارض مع تخصيصه ، فإن هذه التصرفات من شأنها أن تزيل ملكية الشخص الإدارى للشيء العام ، فلا يستطيع بعد ذلك متابعة تخصيصه للمنفعة العامة . وإذا أراد الشخص الإدارى أن يجرى مثل هذا التصرف ، وجب عليه أولاً تحويل الشيء العام إلى شيء خاص بطريقة من طرق التحويل التى سنبينها فيما يلى^(٢) ، وبعد تجريد الشيء من صفته العامة وصيرورته شيئاً خاصاً يمكن للإدارة عندئذ أن تتصرف

(١) انظر آتفا فقرة ٦٦ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٢ وما بعدها .

فيه كما تصرف في سائر أموالها الخاصة^(١). أما إذا تصرفت الإدارة في الشيء العام مع احتفاظها بصفته العامة، فإن التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا، لا ترد عليه الإجازة، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به. فيجوز إذن لمن تصرف إليه الشخص الإدارى من الأفراد أن يتمسك بالبطلان، فمن يشتري شيئا عاما من الإدارة ويدفع ثمنه يجوز له أن يتمسك ببطلان البيع وأن يسترد الثمن^(٢). وأهم من ذلك أن الشخص الإدارى نفسه الذى صدر منه التصرف يجوز له - بل يجب عليه - أن يتمسك بالبطلان، دعوى أو دفعا. فيرفع دعوى البطلان إذا كان قد سلم الشيء العام للمشتري، ويدفع بالبطلان إذا كان لم يسلم الشيء وطالبه المشتري بالتسليم^(٣). ويجوز كذلك للشخص الإدارى أن يلجأ إلى دعوى الاستحقاق يسترد بها الشيء العام الذى سلمه للمشتري، فإذا ماتمك هذا الأخير بالبيع دفعت الإدارة ببطلانه. وفي جميع الأحوال تكون الإدارة مثولة عن هذا البيع الباطل نحو المشتري مسئولية تقصيرية^(٤)، ويجب عليها أولا أن ترد للمشتري الثمن، وأن تدفع له تعويضا عما عصى أن يكون قد لحقه من الضرر.

على أنه يلاحظ أن عدم جواز التصرف إنما يكون في نطاق التصرفات التى تثنأى مع تخصيص الشيء للمنفعة العامة كما قدمنا، كالبيع والهبة والرهن وغيرها من التصرفات المدنية. وهناك أنواع أخرى من التصرفات تلامح الأموال العامة، وهذه غير ممنوعة لأنها لا تتعارض مع تخصيص الشيء للمنفعة العامة. من ذلك

(١) مجلس الدولة الفرنسي ٥ مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة أحكام مجلس الدولة سنة ١٩٢٢ ص ٣٩٠.

(٢) انظر مع ذلك رأيا يذهب إلى أنه ليس المشتري أن يتمسك بالبطلان، لأن البطلان إنما شرع لمصلحة الشخص الإدارى: جيز في المباحث العامة لقانون الإدارى طبعة ثالثة جزء ٤ ص ٢٨ وما بعدها - محمد زهير جرافة ص ١٣٨.

(٣) فإذا باعته الحكومة الملاك الجاورين لثبته أراضي تكونت من طين هذا النهر، وكانت هذه الأراضي تقتضى موتها ومستواها جزءا من الأملاك العامة، كان البيع باطلا، ولم يجز الحكومة تسليم هذه الأراضي للمشتري وعليها أن تدفع ببطلان البيع (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٥ - محمد كامل مرسى في مقالته فقرة ٨٨ ص ٧٨٩).

(٤) نقض فرنسي ١١ فبراير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٩ - ١ - ١٩٦ وفى رأى تكون المسئولية تعاقدية (جريتويل ١١ يناير سنة ١٨٦٥ حلقوز ٧٦ - ٢ - ١٨).

منع التزام بمرفق عام ، فهذا تصرف يرد على شيء عام ، وهو جائز للملازمة لطبيعة المرفق العام ، كذلك تجوز مبادلات الأموال العامة (mutations domaniales) لأنها لا تتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة ، فيصح أن تنزل الدولة لأحد الأشخاص الإدارية الأخرى (المحافظة أو المدينة أو الجامعة أو دار الكتب أو غير ذلك) عن شيء عام في مقابل تعويض تقاضاه من هذا الشخص الإداري ، كما يصح أن ينزل شخص إداري عن شيء عام يملكه للدولة في مقابل تعويض . فهذه تصرفات تجرى في الأموال العامة ، ولكنها تصرفات إدارية لا تصرفات مدنية ، وهي تصرفات لا تتعارض مع تخصيص المال العام للمنفعة العامة ومن ثم يجوز إجراؤها^(١) .

٧٥ - عدم جواز الحجز على الشيء العام : وهذا الحكم هو نتيجة منطقية للحكم السابق ، فبقي تقرر أنه لا يجوز التصرف في الشيء العام بما يتعارض مع تخصيصه للمنفعة العامة ، وجب القول كذلك بأنه لا يجوز الحجز على الشيء العام . ذلك أن الحجز يقضى إلى بيع إجباري ، فإذا كان البيع الاختياري ممنوعاً فأولى أن يمنع البيع الإجباري^(٢) . وإذا اتخذت إجراءات لنزع ملكية الشيء العام ، كانت هذه الإجراءات باطلة بطلاناً مطلقاً لا تصححها الإجازة^(٣) .

وإذا كان الحجز على الشيء العام غير جائز ، فكل ما يؤدي إلى هذا

(١) وكثيراً ما يستغل الشخص الإداري الشيء العام في صورة تراخيص يمنحها للأفراد مقابل هوض يتقاضاه . والترخيص بطبيعته مؤقت وغير ملزم للسلطة المرخصة التي لها دائماً ، لدا هي المصلحة العامة ، الحق في إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٧) . كذلك هناك أمثال عامة مخصصة للمنفعة العامة ؛ وهذا التخصيص في ذاته يقتضي استغلال الدولة لها ، وذلك كالكسك الحديدي وخطوط الهاتف والتلفون ، فإن تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة يكون في صورة استغلال يعود عادة بربح وغير على الدولة .

(٢) انظر في مبدأ عدم جواز الحجز على الشيء العام : استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية المختلطة ٢ ص ١٠٨ - ١٢ يولييه سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٤٠١ - ١١ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٥ ص ٦٨ .

(٣) نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٩ - ١ - ٢٥٧ - ١١ مايو سنة ١٩٠٩

الحجز يكون غير جائز أيضاً ، ومن ثم لا يجوز رهن الشيء العام ، لا رهناً رسمياً ولا رهناً حيازياً ، كما لا يجوز أخذ حق اختصاص به ، ولا يجوز أن يترتب عليه حق امتياز^(١) .

٧٦ - عدم جواز تملك الشيء العام بالتقادم : وهذا هو أهم القيود الثلاثة التي وضعت لحياة الشيء العام ، فهو أهم بكثير من قيد عدم جواز التصرف ومن قيد عدم جواز الحجز . ووجه ذلك واضح ، فإنه يصعب تصور أن الدولة أو الشخص الإداري يعتمد على التصرف في الشيء العام إلا إذا كان غير عالم بصفته ، وكذلك ينذر أن يقدم دائن للشخص الإداري على حجز أمواله العامة بل حتى على حجز أمواله الخاصة لأن الشخص الإداري يكون عادة موسراً فلا يكون دائنه في حاجة إلى التنفيذ الجبري على ماله . وإنما الخشية كل الخشية هي في أن تعتدى الأفراد على الشيء العام بوضع اليد عليه أملاً في أن تكسب ملكيته بالتقادم ، ومن ثم سد القانون هذا الباب في أوجه المعتدين ، وحرّم تملك الشيء العام بالتقادم^(٢) .

كذلك لا يجوز لشخص أن يكسب بالتقادم حق ارتفاق على الأموال العامة . وإذا كان الشخص الإداري يستطيع رفع دعاوى الحيازة ليحمي حيازته ، فإن الأفراد لا يحمون في حيازتهم للشيء العام لأن هذه الحيازة لا يعتد بها . فلا يجوز لواضع اليد على شيء عام أن يرفع دعوى منع التعرض ، إذ أن هذه الدعوى تفترض أن يكون الشخص واضعاً يده بصفته مالكا ، والشيء العام لا يقبل وضع اليد عليه بهذه الصفة . ومع ذلك إذا كانت صفة العمومية متنازعا عليها ، جاز لواضع اليد أن يرفع دعوى منع التعرض ، ويبقى واضعاً يده حتى ترفع الإدارة دعوى تثبت فيها أن العين مخصصة للمنفعة العامة^(٣) .

(١) استئناف غنط ٧ مايو سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المخططة ٤ ص ٣٢٥ .

(٢) وقد قضى ، تطبيقاً لعدم قابلية الشيء العام لتملك بالتقادم ، بأن جنائيات السكة الحديدية المخصصة للنسبة العامة لا يمكن تملكها بالتقادم ، ولو لم تكن السكة الحديدية منفتحة بها حالا (استئناف وطني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٣ ص ٦٢) .

(٣) محمد زهير جرائنة ص ١٤٢ - ص ١٤٣ والأحكام المشار إليها في ص ١٤٣

هاتش ١ .

وتنبيه : رَأْن الشيء العام لا يمكن تملكه بالتقادم ، فإنه يترتب على ذلك أن الشخص الإداري -

وكذا لا يجوز تملك الشيء العام بالتقادم ، كذلك لا يجوز تملكه إذا كان منقولاً بالحيازة . وعلى هذا يجوز للشخص الإدارى أن يسترد الشيء العام المنقول من تحت يده حائزه ، ولو كان هذا الحائز حسن النية . وإذا كان الشيء العام المنقول قد سرق أو ضاع ثم اشتراه شخص حسن النية ، فإن الشخص الإدارى يستطيع أن يسترده منه ، ولا يلتزم برد الثمن إليه إذا كان المشتري قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق عامة أو من تاجر يتعامل فى مثل هذا المنقول . وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأخرى لا يجوز التبايع فيه ، بل بيعه وشراؤه باطلان ، وللحكومة أن تقاضى من يكون هذا التمثال فى حيازته مهما كانت جنسيته لتسترده منه ، بغير تعويض تلزمه أو ثمن ترده إليه ، ولا يكون له أن يحتج عليها بحكم المادة ٨٧ مدنى (قديم) ، فإن من المقرر قانوناً أن أحكام امتلاك المنقول بالحيازة لا ترد بحال على الأملاك العامة^(١) .

ويمكن القول إنه لما كان الشيء العام لا يجوز أن تنقل ملكيته إلى أحد مادام مخصصاً للمنفعة العامة ، فإن أياً من أسباب كسب الملكية لا يرد عليه . وأسباب كسب الملكية هى الاستيلاء ولا يتصور أن يرد على الشيء العام ، والميراث والوصية وهما كذلك لا يتصوران ، والشقعة وهى لا تجوز لا فى الشيء العام ولا بالشيء العام . ويبقى بعد ذلك من أسباب كسب الملكية العقد والتقادم والاتصاق . وقد قلنا أن الشيء العام لا يجوز التصرف فيه بالعقد ولا تملكه بالتقادم ، والآن نقرر أنه لا يجوز تملكه بالاتصاق . فإذا أقامت الإدارة مبنى عاماً على أرض غير مملوكة لها ، لم يجز لصاحب الأرض أن يملك المبنى العام بالاتصاق ، بل الإدارة هى التى تنزع ملكية الأرض^(٢) . ولكن قواعد الاتصاق تنطبق فى القرض العكسى ، فإذا بنى الغير أو غرس فى أرض من

— يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على راضع اليد فى أى وقت ، حتى له أن يرضع اليد حائزاً لشيء العام مدة التقادم .

(١) نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ الهامة ١٨ رقم ٢٩٩ ص ٦٠٣ .

(٢) نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٩ - ١ - ٤٤٢ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٠٨

للمنافع العامة ، جاز للإدارة أن تملك البناء أو الفراس بالاتصاق في مقابل دفع التبعة التي قررها القانون^(١) .

المطلب الثاني

الأشياء الخاصة

(Domaine privé)

٧٧ — مسائل البحث : الأشياء الخاصة هي الأشياء المملوكة ملكية خاصة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، وهي الأشياء غير المخصصة للمنفعة العامة . وهناك أمثلة كثيرة لهذه الأشياء . بل إن الأشياء العامة ذاتها يمكن أن تنقلب إلى أشياء خاصة . بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة على الوجه المقرر في القانون . وحق الدولة في الأشياء الخاصة هو حق ملكية خاصة ، لا حق ملكية إدارية . وتخضع هذه الأشياء بوجه عام لأحكام الملكية ، شأنها في ذلك شأن الأشياء المملوكة للأفراد .

- فنبعث إذن المسائل الآتية : (١) أمثلة للأشياء الخاصة للمملوكة للدولة .
(٢) تحول الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ، إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها .
(٣) تكيف حق الدولة في الأشياء الخاصة والأحكام التي تخضع لها هذه الأشياء .

١ § — أمثلة للأشياء الخاصة للمملوكة للدولة

٧٨ — **الدومين الخاص** : إلى جانب الدومين العام للدولة يوجد الدومين الخاص . وقد رأينا^(٢) كيف نبت التمييز بين الدومين العام والدومين الخاص في فرنسا ، وقد انتقل هذا التمييز إلى القانون المصري . فأصبح الدومين الخاص ، على خلاف الدومين العام ، هو ما لم يخص للمنفعة العامة ، وتملكه الدولة أو الشخص المعنوي العام ملكية خاصة ، ويكون التصرف فيه كتصرف الأفراد في أموالهم الخاصة .

(١) استئناف مخطط ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٢٣ — مجلس للدولة ١٠ يونيو سنة ١٩٢٧ م جملة أحكام مجلس الدولة ١٩٢٧ ص ٥٨١ .
(٢) انظر ألفاقرة ٤٥ .

وأَسباب كسب اللومين الخاص متعددة ، وهى نفس أسباب كسب الملكية الخاصة . فقد تملك الدولة المال بالاستيلاء إذا لم يكن له مالك ، فتضع يدها عليه بذة تملكه . وقد تملك الدولة المال ملكية خاصة بالاتصاف ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩١٩ مدنى على أن « الأراضي التى يتكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة » ، والملكية هنا ملكية خاصة كما سبق القول^(١) . وقد تملك الدولة أو الشخص المعنوى العام المال ملكية خاصة بالعقد (كالهبة والبيع) وبالصوبة : ويقع ذلك فى بعض الأحيان كما إذا وهب شخص أو أوصى لإحدى الجامعات بمال تستعين به الجامعة على تحقيق أغراضها العلمية . وقد تملك الدولة المال ملكية خاصة بالتقادم طبقا لقواعده ، ولكن متى أصبح المال ملكا خاصا للدولة فإنه يصبح غير قابل لملك الأفراد له بالتقادم كما سيأتى^(٢) . ونرى من ذلك أن الدولة أو الشخص المعنوى العام قد تملك ، بأسباب مختلفة ، أموالا متنوعة من عقارات ومثولات ملكية خاصة ، وكثيراً ما يوقف على الجامعات والهيئات العامة أموال طائلة ، فجامعة القاهرة ودار الكتب وغيرهما من الهيئات موقوف عليها أطيان وأرض وصددها عليها رجال الخير . وتدير أموال الدولة الخاصة عادة مصلحة الأملاك الأميرية ، إن لم تدرها هيئة فنية متخصصة .

بقى من أسباب كسب الملكية الشفعة والميراث^(٣) . أما الشفعة فينظر أن تشفع الدولة فى حقار إلا إذا قامت ضرورة ملحة لذلك ، وعند ذلك لا نرى مانعا من أن تأخذ العقار بالشفعة . وسنبعث الميراث فيما يلى :

(١) انظر آنفا فقرة ٥٣ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٨ .

(٣) ويضاف إلى أسباب كسب الملكية ، بالنسبة إلى الدولة ، القانون . فقد ينص القانون على أن تملك الدولة مالا مينا ملكية خاصة ، كما فعل قانون المناجم والمهاجر (رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) إذ نصت المادة ٣ منه على أن « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم فى الأراضي المصرية والمياه الإقليمية » ، وتجبر كذلك من هذه الأموال ضمانات المهاجر هذا مواد البناء ... التى توجد فى المهاجر التى تثبت ملكيتها لغيره ، وكما فعل قانون الإصلاح الزراعى فقد وضع حداً أقصى للملكية الزراعية وما يزيد على هذا الحد تنتقل ملكيته للدولة فيكون مملوكا لها ملكية خاصة إلى أن يوزع على صغار الفلاحين طبقا لأحكام هذا القانون .

٧٩ - **التركة التي لا وارث لها** : إذا مات شخص ولم يترك وارثا في الشريعة الإسلامية تؤول تركته إلى بيت المال . وبيت المال تمثله الآن خزانة الدولة ، فيمكن القول إذن إن التركات التي لا وارث لها تكون ملكا للدولة ، وتكون من أملاكها الخاصة .

بقى أن نعرف هل أبولة التركة إلى الدولة تكون بطريق الميراث ، أى أن الدولة تعتبر وارثا لمن لا وارث له ؟ اختلف الرأى في ذلك . فمن قائل إن التركة تؤول إلى الدولة بطريق الميراث . ومن قائل بل هي تؤول إلى الدولة على أساس أنها مال لا مالك له ، والمال الذى لا مالك له يؤول إلى الدولة . ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم في هذا الصدد : « والحق أنه مال فيه معنى الإرث والمصاحبة معا ، فهو ملك لجميع المسلمين على السواء ، يستوى في ذلك الموجودون وقت وفاة المتوفى ومن سيوجد بعد ذلك ، ويصرف في مصالح الجميع على السواء ، ويستوى فيه الذكور والإناث ، والقريب والبعيد ، وفي قول لمالك رضى الله عنه أن مال من يتوفى من غير وارث يكون للفقراء لا لبيت المال ، نص على ذلك في شرح النرة البيضاء وغيره . وعند الإمامية يكون هذا المال للإمام بحكم ولاه الإمامة^(١) .

والصحيح في نظرنا أن التركة تؤول إلى الدولة مالا خاصا ، لا باعتبارها تركة مورثة ، بل باعتبارها مالا لا مالك له ، فتملكه الدولة بمجرد وفاة المالك دون وارث وقبل أن تضع يدها عليه . فاللدولة ليست وارثا لمن لا وارث له^(٢) ،

(١) أحمد إبراهيم بحث مقارن في الموارث في الشريعة الإسلامية سنة ١٩٣٣ - سنة ١٩٣٤ (المقال الثالث ص ٥٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال ، وإن عد مستحقا للتركات التي لا مستحق لها ، فإنه لا يعتبر وارثا في نظر الشارع ، ولذلك فهو لا يصلح خصبا في دعوى الوراثة (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ بمجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء ٢ ص ١٠٠٧) . وقضت ترتيبا على ذلك بأن البطيركية ليست جهة حكم ولا جهة لفض مال من لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فتصرف البطيركية بتناول النفود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة الذي لا يرثها بحال ، ليس له لى الحق فيه ، هو تصرف غير مشروع من أساسه ، ولا يدخل إطلاقا في حدود سلطاتها باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون . وإذن فهي مسئولة عن التصرف ، باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٣٦ بمجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء ١ ص ١٠٠٧) .

وهذا هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه والراجح من مذهب أحمد^(١) وأهم نتيجة تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً لمن لا وارث له ، أن صاحب التركة لو أوصى بكل تركته لأحد نفذت الوصية في كل التركة ، دون حاجة لإجازة الدولة فيما زاد على الثلث . ولو كانت الدولة وارثاً ، لوجبت لإجازتها فيما زاد على الثلث طبقاً لأحكام الوصية . وفي هذا المعنى يقول الأستاذ أحمد إبراهيم : « وأما على مذهب أبي حنيفة وأصحابه والراجح من مذهب أحمد وبعض العلماء ، فإن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم الورثة جميعاً تنفذ بدون توقف على إجازة أحد ، ويقدم الموصى له بما زاد على الثلث على بيت المال حتى لو كانت الوصية بكل مال التركة . وذلك لأن بيت المال عند هؤلاء ليس وارثاً ، وإنما هو محل توضع فيه التركات التي لا مستحق لها على أنها مال ضائع . وإذا كان مع الموصى له أحد الزوجين ، فإن لم يميز فله نصيبه من الباقي بعد الثلث فقط ، وتكمل وصية الموصى له من الباقي بعد ذلك ، ويقدم على بيت المال كما تقدم ، حتى لو استغرق ما بقي كله . وإذا أجاز كان للموصى له كل ما أوصى له ، والباقي لبيت المال إن بقي شيء ، وإلا فكل التركة للموصى له بمقتضى الوصية والإجازة جميعاً^(٢) » .

(١) هذا وقد صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التي تختلف من المتوفين من غير وارث ، فذكر من نصوصه المواد الآتية : م ١ / ١ - تقول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتي يخلفها المتوفون من غير وارث ، أي كانت جنسيتهم ، وذلك من تاريخ وفاتهم م ١ / ٢ - ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ، ولو كان سببه الميراث ، بمضى ١٥ سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث ، أي كان تاريخ علم ذوي الشأن بواقعة الوفاة ، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التضادم أو انقطاعه م ٨ : ١ - تسلم الأراضي الزراعية للإدارة العامة للأموال وطرح النهر ، أما الشقارات المبنية والأراضي الفضاء المخصصة للبناء فتسلم لوزارة الإسكان والمواقع العامة لإدارتها لحساب التركة ، حتى تتم تصفيتها أو يتقرر تسليمها لصاحب الحق فيها م ٢ - وتضمن من تاريخ وفاة جميع أنواع النشاط التجاري أو المهني التي كان يزاولها المتوفى م ٩ - تضمن كافة عناصر التركة على وجه السرعة ، ويودع حاصل ثمنها بالخزينة العامة لحساب التركة ، حتى يتقرر حق ذوي الشأن فيها أو تنتهي المدة المتصوص عليها بالمادة الثانية م ١١ - في حالة ظهور مستحق للتركة ، يخص من نصيبه ربح قدره ١٠٪ من إجمال الإيراد نظير أعمال الإدارة و ٥٪ من إجمال الثمن نظير نفقات التصفية ، كما تخصم سائر المصروفات القسئية الأخرى .

(٢) أحمد إبراهيم بحث مقارفة في الميراث في الشريعة الإسلامية سنة ١٩٣٢ - سنة ١٩٣٤ (المقال الثاني ص ٥١ - ٥٢) .

ونتيجة ثانية ترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً ، أن مال أهل اللمة الذين يتوفون بدار الإسلام عن غير مستحق له هو أيضاً للدولة . وأو كانت الدولة وارثاً ، لما ورثت من غير المسلم .
ونتيجة ثالثة ترتب أخيراً على ما تقدم ، أنه لو مات شخص عن غير وارث ، ووضع شخص آخر يده على ماله ، فإن حق الدولة لا يسقط بمضى ثلاث وثلاثين سنة ، لأن هذه المدة إنما تسقط دعوى الميراث والدولة ليست بوارث . كذلك لا يستطيع واضع اليد أن يملك التركة بالتقادم ، لأنها مال الدولة الخاص ، ومال الدولة ولو كان خاصاً لا يجوز تملكه بالتقادم كما سنرى^(١) .

٨٠ — الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها : ويعتبر أيضاً ملكاً خاصاً للدولة الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها ، كأراضي الصحراء والحبال وما إلى ذلك . وقد نصت المادة ٨٧٤/١ مدني في هذا الصدد على أن : ١ — الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة . ٢ — ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح » .

والملكية هنا هي أيضاً ملكية خاصة ، وكانت تتميز بحكم خاص ، إذ كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « إلا أنه إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك » . ولكن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م ٨٦) ألغى هذه الفقرة فأصبحت هذه الأراضي شأنها شأن سائر أملاك الحكومة الخاصة تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وسنعود إلى أحكام هذا القانون فيما يلي^(٢) .

٨١ — أموال المشروع العام من مؤسسات عامة وشرطات عامة :
دخل في القانون المصري أخيراً ما يعرف بالمشروع العام (entreprise)

(١) انظر ما يلي فقرة ٨٨ .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٨٩ — فقرة ٩٢ .

(publique) ، وهو إما مؤسسة عامة أو شركة عامة . وكان ذلك أثراً من آثار التوسع الكبير في نشاط القطاع العام في توجيه الاقتصاد القوى والتنمية الاقتصادية ، وأخذ الدولة بزمام هذا النشاط بعد أن كان متروكا لنشاط الأفراد أو لنشاط ما يسمى بالقطاع الخاص . والأداة الرئيسية لكل ذلك هي التأميم (nationalisation) ، فيأخذ المشروع العام عادة شكل المؤسسة العامة أو الهيئة العامة عندما تقوم الدولة بنشاط صناعي أو تجاري أو زراعي أو مالي أو عندما تقوم بتأميم المرافق العامة كالكهرباء والغاز والمياه والمواصلات ووسائل النقل المختلفة ، ويأخذ شكل الشركة المساهمة العامة عندما تقوم الدولة بتأميم البنوك وشركات التأمين والشركات التي كانت تابعة من قبل للقطاع الخاص كشرركات الملاحة والمصانع والمتاجر والفنادق وكذلك عندما تنشئ المؤسسات شركات عامة .

وقد صدر أخيراً القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ في شأن المؤسسات العامة ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ في شأن الهيئات العامة . ويظهر من الرجوع إلى هذين القانونين أن المؤسسة العامة « تمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو زراعياً أو مالياً أو تعاونياً » (م ١ من قانون المؤسسات العامة) ، في حين أن الهيئة العامة تنشأ « لإدارة مرفق مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة » (م ١ من قانون الهيئات العامة) . على أن هذه التفرقة لم تلزم بدقة كافية ، فهناك نشاط تمارسه المؤسسة العامة ويمكن أن يكون مرفقاً عاماً ، كما أنه ليس ثمة ما يمنع الهيئة العامة من أن تزاول نشاطاً اقتصادياً لا تتوافر له صفة المرفق العام (١) .

والمؤسسات العامة والهيئات العامة تعتبر من أشخاص القانون العام . ولكن أموال المؤسسة العامة تعتبر في الأصل من الأموال الخاصة ، ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار الجمهوري الصادر بإشياء المؤسسة . أما أموال

(١) ويقول الأستاذ مصطفي كمال طه في هذا الصدد : « والبرهان أن تحديد ما يعتبر مؤسسة عامة أو هيئة عامة لا يرجع إلى طبيعة النشاط . . . وإنما المرجع إلى تحديد ذلك هو إلى القرار الجمهوري . . . ومعنى ذلك أن ضابط التفرقة بين المؤسسة العامة والهيئة العامة هو في الحقيقة ضابط شكل يحض مرده إرادة المشرع وحدها . وبالرغم من صدور قانون المؤسسات العامة وآخر هيئات العامة . فإن أغلبية الأحكام مشتركة بينهما » (مصطفي كمال طه في الوجيز في القانون التجاري ص ١٩٦٥ فقرة ١٨٣) .

الهيئات العامة فتعتبر في الأصل من الأموال العامة ، مالم ينص على خلاف ذلك في القرار الجمهوري الصادر بإنشاء الهيئة^(١). والمؤسسات العامة لها ميزانية مستقلة ، وتوضع على نخط ميزانيات المشروعات التجارية ، وأرباح المؤسسة العامة بحسب الأصل تؤول إليها ، كما تواجه المؤسسة للعجز أو الخسارة أصلا عن طريق ما تعقده من قروض . أما الهيئات العامة ، وإن كانت لها ميزانية خاصة ، إلا أنها تلتحق بميزانية الدولة وتجرى عليه أحكامها ، وتتحمل الدولة عجزها ، ويؤول لميزانية الدولة ما قد تحققه من أرباح .

والشركات المساهمة العامة تعتبر من أشخاص القانون الخاص . وتعتبر أموالها أموالا خاصة ، شأنها في ذلك شأن المؤسسات العامة ، بل هي أولى من المؤسسات في اعتبار أموالها أموالا خاصة ، إذ هي كما قدمنا من أشخاص القانون الخاص في حين أن المؤسسات من أشخاص القانون العام كما سبق القول . ويخلص من ذلك أن كلا من المؤسسات العامة وشركات المساهمة العامة تعتبر أموالها أموالا خاصة .

٢٥- تحول الأشياء العامة إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها للمنفعة العامة

٨٢ - نص قانوني : تنص المادة ٨٨ مدني (المدلة بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على ما يأتي :

« تفقد الأموال العامة صفتها بانتهااء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهااء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة »^(٢).

(١) وهناك قوانين وقرارات منشئة لبعض المؤسسات والهيئات قد نصت صراحة على اعتبار أموالها أموالا خاصة : مثل ذلك م ١٢ من نظام هيئة قناة السويس ، وم ٢٨ من نظام البنك المركزي المصري ، وم ١٣ من نظام البنك الأهلي المصري ، وم ٨ من قانون مؤسسة بنك مصر . (٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠ من المشروع النهائي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التثمين المفق الجعيد ، فيما عدا أن عبارة « أو بالفعل » لم تكن واردة في نص المشروع النهائي . وأقرت النص لجنة الداجعة تحت رقم ٩٠ في المشروع الثاني . وأقر مجلس النواب تحت رقم ٩٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو بالفعل » بعد عبارة « أو نـ

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٩ من التقنين الوطني^(١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٩١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٨٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٧٢ - ولا مقابل للنص في قانون الملكية العقارية اللبناني^(٢).

ونحول الشيء العام إلى شيء خاص بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة هو من أهم المصادر التي تكسبها الدولة أموالها الخاصة ، فكثير من الأشياء التي كانت مخصصة للمنفعة العامة ينتهي تخصيصها هذا ، فتتقلب من أشياء عامة إلى أشياء خاصة ، فيجوز للدولة التصرف فيها ، كما يجوز التنفيذ عليها بالحجز.

٨٣ - كيف ينتهي تخصيص الشيء للمنفعة العامة فيصبح شيئاً خاصاً :
وينتهي تخصيص الشيء للمنفعة العامة ، فيصبح شيئاً خاصاً ، بنفس الطريقة التي يخصص بها للمنفعة العامة . وقد رأينا^(٣) أن الشيء يخصص للمنفعة العامة بطريق رسمي (قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص) ، أو بطريق فعلي بتخصيصه فعلاً للمنفعة العامة . وكذلك ينتهي تخصيص الشيء للمنفعة العامة ، فيكون الانتهاء بطريق رسمي (قانون أو قرار جمهوري أو قرار

مرسوم » . ليتشى ذلك مع كيفية اكتساب الملك العام ، وقد أقر اقتضاء هذا المبدأ » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه التقنين الجديد ، وصار رقمه ٨٨ . وأقره مجلس الشيوخ كما عدلته بمحتة مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ٤٨٣ - ٤٨٨) .

ثم صدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٢ ، فعدل النص بهذه عبارة « بمقتضى قانون » على الوجه الآتي : « أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص » .

(١) التقنين المدني السابق م ١/٩ (وطني) : الأملاك الأميرية المخصصة للنافع العمومية لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستتيلة ، ولا يجوز جبرها ولا بيعها ، وإنما الحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٧٢ (مطابق فيما عدا إغفال عبارة « أو مرسوم » في التقنين العراقي) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٣) انظر ألفا فقرة ٤٦ في آخرها .

من الوزير المختص) ، أو بطريق فعلي وذلك بانتهاء الغرض الذي من أجله خصص الشيء للمنفعة العامة .

وقبل أن نستعرض كلا من الطريقتين ، ننبئ بملاحظتين :

(الملاحظة الأولى) ورد في نص المادة ٨٨ مدني : « وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » . والصحيح أن الطريق الفعلي هو نفسه يكون بانتهاء الغرض الذي من أجله خصص الشيء للمنفعة العامة ، فلا يوجد إذن طريق ثالث ، ولا يوجد إلا طريقان كما قدمنا : الطريق الرسمي والطريق الفعلي . وتكون لفظة « أو » السابقة على عبارة « انتهاء الغرض إلخ » زائدة لا عمل لها ، ويجب أن تقرأ العبارة الأخيرة من النص على الوجه الآتي : « أو بالفعل بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » (١) .

(الملاحظة الثانية) ليس من الضروري أن ينتهي تخصيص الشيء للمنفعة العامة بنفس الطريقة التي خصص بها من قبل للمنفعة العامة . فقد خصص شيء للمنفعة العامة بطريق رسمي وينتهي تخصيصه بطريق فعلي ، وكذلك قد يخصص شيء للمنفعة العامة بطريق فعلي وينتهي تخصيصه بطريق رسمي .

(١) ويؤكد ذلك الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهدي ، فلم يرد في هذه المذكرة إلا طريقان لانتهاء التخصيص المنفعة العامة هما الطريق الرسمي والطريق الفعلي ، إذ جاء في هذا الصدد ما يأتي : « كما أن تخصيص الأموال للمنفعة العامة يكون بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم ، كذلك ينتهي التخصيص المنفعة العامة بمقتضى قانون أو مرسوم أو بانقضاء استعمالها بالفعل الاستعمال الذي من أجله اعتبرت خصصة المنفعة العامة » (مجموعة الأعمال التفسيرية ص ٤٨٤) - والسبب في عدم دقة نص المادة ٨٨ مدني يرجع إلى ما يأتي : كان نص المشروع المتهدي دقيقاً إذ جاء على الوجه الآتي : « ... وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » . فكان واضحاً أن طريق انتهاء التخصيص « بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » هو الطريق الفعلي نفسه ولا شيء غيره . ولم تكن لجنة مجلس الشيوخ إلى ذلك ، وظلت أن النص لا يشهد على الطريق الفعلي ، فقررت إضافة « عبارة أو بالفعل » ، فبها ذكر الطريق الفعلي على هذا الوجه بمرور ، ذكر في الأصل بعبارة « أو بانتهاء الغرض .. » ، ثم أعيد ذكر بإضافة عبارة « أو بالفعل » . وكانت إحدى الباراين تنفي عن الأخرى ، بل كان الأول ألا تصيب لجنة مجلس الشيوخ عبارة « أو بالفعل » فإن ستماعا كان موجوداً فعلا في نص المشروع . انظر ألفا فقرة ٨٢ في المامشي ومجموعة الأعمال التفسيرية ١ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤ .

٨٤ - انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق رسمي : كما ينحصر الشيء المملوك للدولة ملكية خاصة للمنفعة العامة بطريق رسمي ، أى بطريق قانون أو قرار جمهورى أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار من الوزير المختص أو قرار من الإدارة المختصة^(١) ، كذلك ينتهى تخصيصه للمنفعة العامة بطريق رسمى على النحو السالف الذكر . فيجوز إنهاء التخصيص ، وتجريد المال من صفته العامة (déclassement, désaffectation) ، بقانون أو قرار جمهورى أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار من الوزير المختص أو قرار من الإدارة المختصة . ولا يشترط التماثل بين أداة التخصيص وأداة إنهاء التخصيص ، فقد ينحصر شيء للمنفعة العامة بقانون وينتهى تخصيصه بقرار جمهورى إذا كان ذلك جائزاً طبقاً للنظم المقررة . وقد يقع العكس فيخصص شيء بقرار جمهورى وينتهى تخصيصه بقانون ، أو بقرار من مجلس الوزراء أو من الوزير المختص أو من الإدارة المختصة ، مادام كل ذلك جائزاً طبقاً للنظم المقررة . وقد قلنا أنه يجوز تخصيص شيء للمنفعة العامة بطريق رسمى ، وإنهاء التخصيص بطريق فعل^(٢) .

ولا شك فى أن إنهاء التخصيص للمنفعة العامة أمر تقديرى موكول لى الحكومة ، فهى ترى ما إذا كان من الملائم أن تنهى التخصيص أو ألا

(١) انظر أكفاً فقرة ٤٧ .

(٢) انظر أكفاً فقرة ٨٣ - وقد كان التفتيش المدق الوطنى السابق (م ١/٩) يقتضى بأن الأملاك المختصة للمنفعة العامة يجوز أن تكون فى تصرف الحكومة دون غيرها لتصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر . وقد فسر هذا النص بأن الحكومة أن تنهى تخصيصها لهذه الأملاك بمقتضى قانون أو مرسوم فتتحول إلى أملاك خاصة ، ومن ثم يجوز التصرف فيها . وكان هناك من يذهب إلى أنه لا يجوز إنهاء التخصيص إلا بمقتضى قانون أو مرسوم كما ورد فى النص ، فلا يجوز إنهاء التخصيص بقرار من مجلس الوزراء أو الوزير المختص أو الإدارة المختصة ، حتى لو أن التخصيص للمنفعة العامة فى بداية الأمر كان تخصيصاً فعلياً لا تخصيصاً رسمياً (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩١١ الجمعية الرسمية ١٢ تم ٥٨ ص ١٠٦ - ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ رقم ٢١١ ص ٤٣١ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٤ الحاماة ١٤ رقم ٢٥٥ ص ٦٨٨ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ الحاماة ١٩ رقم ٣٤١ ص ٨٣٥ - انظر عكس ذلك استئناف غنطل ١٦ مايو سنة ١٨٧٧ الجمعية الرسمية المنطقة ٢ ص ٣٥٥ - ١٥ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٤) .

نتيه ، ولا معقب على تقديرها في ذلك من القضاء إلا إذا انطوى التقدير على
التصنف في استعمال السلطة^(١)

٨٥ - انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلي : كانت هذه
المسألة مثار خلاف كبير في عهد التتتين المدني السابق . فقد قدمنا أن هذا
التتتين كان ينص على أن انتهاء التخصيص يكون « بقانون أو أمر » ، فكان
هناك رأى يذهب إلى أنه لا يجوز انتهاء التخصيص إلا بطريق رسمي . ومن
أنصار هذا الرأي من يقول بأن أداة انتهاء التخصيص يجب أن تكون قانونا
أو مرسوما ولا شيء غيرها ، ومنهم من يقول بأنه يجوز أن تكون أداة انتهاء
التخصيص غير القانون أو المرسوم فتكون بقرار من مجلس الوزراء أو الوزير
المختص أو الإدارة المختصة^(٢) . ولكنهم جميعا ، سواء منهم من يشترط القانون
أو المرسوم ومن يجوز غيرها ، متفقون على أن انتهاء التخصيص لا يكون
إلا بأداة رسمية ، وأن انتهاء التخصيص بطريق فعلي لا يجوز^(٣) .

وكان هناك رأى ثان يذهب إلى التمييز بين المال العام بطبيعته كالجسور ،
والطرق ومجارى الأنهر والترع فهذه يجوز انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بطريق
فعلي بأن يتبين على وجه واضح أن تخصيصها للمنفعة العامة قد انتهى وزال ،
وبين المال العام حكما كالحصون والقلاع والثكنات ودور الحكومة وهذه
لا يجوز انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بطريق فعلي بل لابد من صدور أداة
رسمية كقانون أو قرار لإنهاء التخصيص . وقد قضى ، تطبيقا لهذا الرأي ،
بوجوب التفريق بين الأملاك العامة الطبيعية والأملاك العامة حكما . فالنوع
الأول - كجرى الأنهار والطرق والجسور ، يجوز أن تزول عنها صفتها أى

(١) مجلس الدولة الفرنسي ١٢ مارس سنة ١٩٢٢ سيرة ١٩٢٥ - ٣ - ١ - محمد زهير
حرارة ص ١٩٢ - محمد جل حرفة فقرة ١٣٤ ص ١٦٩ .

(٢) انظر آكفا فقرة ٨٤ في الهامش .

(٣) استئناف مصر ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٣٤١ ص ٨٣٥ - ٢٤ يناير
سنة ١٩٣٤ الهامة ١٤ رقم ٢٥٥ ص ٦٨٨ - استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص
٢٦٧ - ١٥ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٤ - ساس مازن في تطبيقه حل حكم محكمة استئناف مصر
في ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٦٩٩ وما بعدها .

كونها من المنافع العامة بأسباب طبيعية ، كما لو تحول مجرى النهر فيصبح بذلك من الأملاك الخاصة دون حاجة إلى قانون أو رسوم باستثناء المنافع العامة عنها . والنوع الثاني ، كالحصون والقلاع ، لا يمكن بصفة عامة أن تخرج من أملاك المنفعة العامة وتلحق بالأملاك الخاصة إلا بمقتضى قانون أو أمر^(١) . وكان هناك رأى ثالث ، وهو الرأى الذى رجح فى القضاء والفقه وأخذت به محكمة النقض ، يذهب إلى أنه يجوز انتهاء التخصيص بالطريق الفعلى فى جميع الأموال العامة ، لا فرق فى ذلك بين الأموال العامة بطبيعتها والأموال العامة حكما . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التى يجب السير عليها فى هذا الشأن هى أن الحصانة التى أسبغها القانون على الأملاك العامة ، فأخرجها عن دائرة المعاملات بما قضى به من عدم جواز بيعها والتصرف فيها إلا بقانون أو أمر ، مقيدة ببقاء تلك الأملاك مخصصة للمنفعة العامة ، فإذا مازال عنها هذا التخصيص بسبب ما ، انفصلت هذه الأملاك عن الأملاك العامة ، ودخلت فى عداد الأملاك الخاصة^(٢) .

(١) استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٢٠ ص ٣٨ . وقضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه يشترط لتجريد الحصون والقلاع من صفاتها العامة صدور أمر إدارى بذلك ، وذلك بخلاف الجسور والطرق ومجاى الأنهر والقرع فهذه يمكن ثبوت زوال تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل (استئناف مخطط ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٤١-٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١٠)

(٢) نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ حوة عمر ٢ رقم ٣٠٤ ص ٨٦ - وقضت أيضاً بأن سور مدينة القاهرة القديم لا يعتبر الآن من المنافع العمومية ، بعد أن تهدم والدثرت معالمه وقد ما خصص له ، ثم وجمع الناس أيديهم على أجزاء مختلفة منه وأدخلوها فى منازلهم (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠١) - وانظر أيضاً نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٢-٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢٠ رقم ٢٠٩ ص ٥٩٨ - ١٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦١ ص ١٠٦ - استئناف وطنى ١٧ يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٤ - ٢٥ مارس سنة ١٩١٥ الثلاث ٢ رقم ٢٥١ ص ٢٤١ - استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٣١ الحاماة ١١ رقم ٥٣٦ ص ١٠٥٤ - استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١٠ - ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٧ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٧ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣١ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٥ .

وانظر محمد كامل مرسى فى مقاله عن الأملاك الخاصة والحامة ص ٧٩٧ وما بعدها - محمد زهير جرجة ص ١٩٦ .

ولما كان هذا الرأي الثالث هو الذى غلب فى القضاة والفقه فى عهد التقنين الملقى السابق كما قلنا، فقد عمد التقنين الملقى الجديد، حسب الخلاف، إلى أن يورد نصاً صريحاً يأخذ فيه بهذا الرأي . فنصت المادة ٨٨ مدنى ، كما رأينا ، على أن « ينهى التخصيص بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » . فارتفع الآن كل شك فى أنه يجوز انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعل ، دون حاجة إلى استصدار أداة رسمية (١) .

على أن انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعل يجب أن يكون واضحاً كل الوضوح ، فسكوت الإدارة عن عمل يقوم به الغير فى المال العام بدون موافقها لا يكتفى لاستظهار أن التخصيص للمنفعة العامة قد زال فعلاً بهذا العمل (٢) . وبوجه خاص لا يكون إبطال اللغز فى جبانة قديمة كافياً وحده لإزالة صفتها العامة ، بل لابد من زوال معالم الجبانة (٣) .

٣٥ - تكييف حق الدولة فى الأشياء الخاصة والأحكام التى تخضع لها هذه الأشياء

٨٦ - من الدولة فى الأشياء الخاصة هو من ملكية مدنية محضة : قلنا (١) أن حق الدولة فى الأشياء العامة هو حق ملكية إدارية ، وبيننا ما هو المقصود من ذلك . أما حق الدولة فى الأشياء الخاصة فهو حق ملكية مدنية

(١) محمد حل عرفة فقرة ١٣٦ ص ١٧١ .

(٢) استفتاء مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ - ٩ يوليه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ .

(٣) انظر أكتافا فقرة ٥٥ فى آخرها فى الخامس - وإذا جار أحد الأفراد على جزء من عرض طريق عام ، ولكن الباقى من عرض الطريق يتسع لمرور المشهور ، لم يجوز القول بانتهاء تخصيص هذا الجزء للمنفعة العامة ، وحل ذلك حل يحصل للتسامح من الإدارة أو الإهمال ، مادام الانتفاع بالطريق لم يتأثر تأثراً محسوساً (محمد حل عرفة فقرة ١٣٦ ص ١٧٢) .

(٤) انظر أكتافا فقرة ٦٦ وما بعدها .

محضة ، وشأن الدولة في تملك الأشياء الخاصة شأن أى فرد في تملك المال الخاص وقد رأينا^(١) أن الدولة تملك الأشياء الخاصة بنفس أسباب كسب الملكية الخاصة . وينبئ على أن حق الدولة في الأشياء الخاصة إنما هو حق ملكية مدنية أن يكون للدولة الحق في رفع دعوى الأمتحاق لحاية ملكيتها ، وفي رفع دعاوى الحيازة لحاية حيازتها ، وأن تملك الثمار والحاصلات التي ينتجها الشيء الخاص ، شأنها في ذلك شأن أى مالك .

٨٧ - **الأمم لأمم التي تخضع لها الأشياء الخاصة :** وتخضع الأشياء الخاصة لنفس الأحكام التي تخضع لها الملكية المدنية ، مع شيء من التحويل اقتضته طبيعة الدولة .

فالمال المملوك للأفراد يكون عادة قابلاً للتصرف فيه ، ويجوز الحجز عليه ، ويجوز تملكه بالتصادم .

أما قابلية الشيء الخاص المملوك للدولة للتصرف فيه فليست عملاً للشك ، وللدولة أن تتصرف في الشيء كما يتصرف الفرد في ملكه الخاص . غير أن للدولة مقيدة بكثير من القوانين والوائح التي تخضع لها في تصرفها في الأشياء الخاصة وفي امتيازها ، فلا بد إذن من مراعاة أحكام هذه القوانين والوائح ، وستعرض فيما يلي لبعض هذه الأحكام^(٢) . أما إذا لم يوجد قيد في قانون أو لائحة ، فقواعد القانون المدني هي التي تسرى في تصرف الدولة في الأشياء الخاصة المملوكة لها . كذلك تكون المحاكم القضائية ، لا المحاكم الإدارية ، هي المختصة بنظر ما ينشأ عن تصرف الدولة في الشيء الخاص من وجوه النزاع . وأما قابلية الشيء الخاص للحجز عليه ، فالأصل أنه يجوز للدائن الدولة الحجز على الأشياء الخاصة المملوكة لها ، وتقع في ذلك أحكام التنفيذ في قانون المرافعات . ولكن الذي يقع فعلاً هو أن الدولة لا تمكن الأفراد من الحجز على أملاكها الخاصة ، ويمتنع قلم المحضرين عادة من إجراء هذا الحجز . ذلك أن المفروض هو أن الدولة مليئة ، غير معسرة ولا مماطلة ،

(١) انظر آتفاقرة ٧٨ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٩ - ٩٢ .

وأنه متى تبين لها أن الحق في جانب الدائن أوفته خقه طوعا واختيارا ، لا قسراً وإجباراً .

بقيت قابلية الشيء الخاص بتملكه بالتقادم ، وهذا ما كان مقرراً إلى عهد قريب ، بل كان هذا هو أهم فرق بين الملك العام والملك الخاص ، فالأول لا يجوز تملكه بالتقادم أما الآخر فيجوز تملكه بهذا الطريق . وكثيراً ما كانت الأفراد تضع يدها على أملاك الدولة الخاصة ، وتنقض المدة اللازمة لتمكنك بالتقادم ، فيتملكها واضع اليد . وقد رأت الحكومة أخيراً أن في ذلك خطراً على أملاكها الخاصة ، فهي مشتقة في أنحاء البلاد ، ولا تستطيع في كل حالة أن تدفع عنها اعتداء الأفراد في الوقت المناسب . لذلك انحرفت عن هذه القاعدة الهامة ، وقررت بتشريع خاص أن الأشياء الخاصة المملوكة لها لا يجوز تملكها بالتقادم : وهذا ما ننقل الآن إليه .

٨٨ — عزم جواز تملك الأشياء الخاصة للمملوكة للدولة بالتقادم :

صدر في هذا الشأن القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يعدل من المادة ٩٧٠ مدني . وكانت المادة ٩٧٠ مدني قبل هذا التعديل تجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

فعدل هذا النص ، بموجب القانون سالف الذكر ، على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ولا يجوز تملك الأموال الخاصة للمملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أي حق مني عليها ، بالتقادم (١) » .

ويلاحظ أن أملاك الدولة الخاصة ، التي تم كسب الأفراد لها بالتقادم . قبل نفاذ هذا التعديل ، تبقى مملوكة لمن كسبها بالتقادم ، إذ ليس للتعديل أثر رجعي . أما إذا كان هناك ملك خاص للدولة في حيازة أحد الأفراد ، ولم يكن .

(١) وقيل تبريراً لهذا التعديل بأن الشارع أراد بهذا الحكم الجديد أن يحمي هذه الأموال . حتى تكون في مأمن من تملكها بالتقادم ، لأنه مهما أحكمت الرقابة والإشراف عليها فإن ذلك لن يمنع من تملكها بهذا الطريق (المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) .

قد مضى على حيازته له وقت نفاذ التعديل خمس عشرة سنة كاملة ، فإن واضح
 لليد لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم ، حتى لو أم بعد نفاذ التعديل
 مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للمال .

وإذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم ، فعليه هو إذا كان
 مدعياً أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه . ومتى أثبت ذلك ، كان على
 الحكومة أن تثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا المال ، بالرغم من توافر شروط
 التملك بالتقادم فيه ، هو من أملاكها الخاصة ، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم .
 وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم
 كسب أى حق عينى عليه ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع ، شأن المال الخاص
 فى ذلك شأن المال العام .

وقد صدر بعد قانون سنة ١٩٥٧ القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ بجرى
 تعديلاً آخر فى نص المادة ٩٧٠ مدنى . فصار النص ، بعد هذا التعديل الأخير ،
 يجرى على الوجه الآتى : « فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ،
 إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ولا يجوز تملك الأموال الخاصة
 المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية .
 أو كسب أى حق عينى عليها ، بالتقادم . كما لا يجوز التعدى عليها ، وفى حالة
 حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه
 المصلحة العامة » . وهذه ميزة أخرى لأموال الحكومة الخاصة ، كسبها بهذا
 التعديل الأخير . فالأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ إلى الطرق الإدارية ،
 لإزالة الاعتداء على الملك العام . أما الملك الخاص ، إذا اعتدى أحد عليه ،
 فإنه طبقاً للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تربل الاعتداء بنفسها أى بالطرق
 الإدارية ، بل عليها أن تلجأ إلى القضاء . فالآن بعد التعديل الأخير ، أصبح
 للحكومة إزالة الاعتداء على الملك الخاص بالطرق الإدارية ، دون الاتجاه
 إلى القضاء . فإذا حاز شخص عيناً ، وادعت الحكومة أن هذه العين هى من
 أملاكها الخاصة ، كان لها ، دون أن تلجأ إلى القضاء ، أن تنتزع العين من
 يد حائزها ، والحائز هو الذى يلجأ إلى القضاء بعد انتزاع العين من يده إذا
 رأى وجهاً لذلك .

٨٩ - التشريعات المنظمة بوزارة الحكومة لأموالها الخاصة والتصرف

فيها - قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : وقد صدرت تشريعات كثيرة مفرقة تنظم إدارة الحكومة لأموالها الخاصة ، والتصرف في هذه الأملاك . وصدر أخيراً قانون شامل في هذا الموضوع ، هو القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ منظم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها . واستعرضت المذكورة الإيضاحية لهذا القانون التشريعات المختلفة السابقة ، ثم عقيبت على ذلك بما يأتي : « ويبين من استعراض التشريعات المتقدمة أنها على تعددها قد صدرت متفرقة في فترات زمنية متباعدة ، ولذلك فرغم وحدة الموضوع الذي تعالجه ، وهو إدارة العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة والتصرف فيها ، فإنها لم تصدر عن فكرة قانونية عامة مشتركة تؤلف بين أحكامها وتوأم بينها ، ولم يجمعها إطار قانوني واحد يحقق توافقها واتساقها . كما أن هذه التشريعات ، مع تشتتها وكثرتها ، قد صدر معظمها منذ عهد بعيد يمتد إلى مطلع القرن الحالى . وتولى لإدخال التعديلات المتلاحقة على كل تشريع منها على استقلال عن التشريعات الأخرى ، الأمر الذى ضاعف من تنالها وأوهن من ترابطها وزاد من عمق التنافر وعدم الاتساق بين أحكامها . ولذلك فإنه من الناحية الفنية لا يكتفى مجرد إدخال التعديلات الجزئية على كل من التشريعات المشار إليها بل يتعين تجميع أحكامها في مجموعة قانونية واحدة تضم القواعد العامة المشتركة المنظمة لإدارة واستغلال العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة والتصرف فيها ، كما تتضمن ما تقتضيه المصلحة العامة إقراره من نصوص وأحكام خاصة لبعض أنواع تلك الأراضي » .

وقد صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لتحقيق هذه الأغراض المبينة في المذكورة الإيضاحية . وبدأ هذا القانون باستبعاد أنواع من الأراضي من نطاق تطبيقه ، إذ هي تخضع لنظم خاصة . وهذه هي : (١) العقارات المستولى عليها تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعي والمعدة لتوزيعها على صغار الفلاحين ، فيبقى قانون الإصلاح الزراعي مطبقاً في هذا الحال . (٢) العقارات التى تشرف عليها وزارة الإسكان والمرافق ، والعقارات المنجية والأراضي المخصصة لبناء قى تسلم لجهات إدارية معينة وفقاً لقانون التركات الشاغرة رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ ،

(٣) ألباني الاستقلالية والأراضي القضاء والأراضي الزراعية التي تقع داخل نطاق المدن ، والتي تتولى المجالس المحلية إدارتها واستغلالها والتصرف فيها .
(٤) العقارات التي تديرها أو تشرف عليها الوزارات والمصالح الحكومية والمؤسسات والهيئات العامة ، وتقوم باستغلالها وفقاً لأحكام التشريعات المنظمة لشؤونها ، أو التي تدخل في ملكية أي منها .

وفيما عدا هذه العقارات ، فإن العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . وقد بين هذا القانون القواعد الواجب اتباعها في تأجير هذه العقارات وفي التصرف فيها ، بعد أن قسمها إلى أراض زراعية ، وأراض بور وأراض صحراوية ، وأراض فضاء وعقارات مبنية . ثم أورد طائفة من الأحكام العامة التي تسري على هذه الأراضي جميعاً . وبين بعد ذلك أثر الأحكام الواردة فيه بالنسبة إلى الواقع التي سبقت صلوه^(١) . فنستعرض في إيجاز هذه المسائل تباعاً .

٩٠ — القواعد الموجبة اتباعها في تأجير العقارات المملوكة للدولة

ملكية خاصة وفي التصرف فيها : استعرض القانون كما قلنا أقساماً ثلاثة من العقارات : (١) الأراضي الزراعية ، وهي الأراضي الواقعة داخل الزمام والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين وتكون مزروعة بالفعل . (٢) الأراضي البور والأراضي الصحراوية . والأراضي البور هي الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضي غير المزروعة المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين . أما الأراضي الصحراوية فهي الأراضي الواقعة في المناطق المتباعدة خارج الزمام بعد مسافة الكيلومترين المشار إليهما ،

(١) وقد اقتضت المقتضى فيها تشمل عليه الأحكام الخاصة بطرح النهر وأكله ، وذلك أنظر في المادة ٨٦ منه القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ وهي تشريعات سابقة كانت تنظم هذا الموضوع . ولما كان طرح النهر وأكله مصلاً بموضوع أهم هو موضوع الالتصاق كسب لكسب الملكية ، لذلك نرجى التكلم فيه حتى نبين الالتصاق في الجزء التاسع من الوسيط .

وقد نصت المادة ٨٨ من القانون على أنه يصدر وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي اللائحة التنفيذية والقرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون . وقد صدرت فلا لائحة تنفيذية مفصلة في السنة التالية لصدور القانون .

مواه كانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمجان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة^(١). (٣) الأراضي الفضاء والغارات المبيدة ، وهي التي تدخل في ملكية الدولة الخاصة فيها عدا ما استبعد من نطاق تطبيق القانون على النحو السالف بيانه .

١ - الأراضي الزراعية : تؤجر هذه الأراضي إلى صغار الفلاحين

الذين تتوافر فيهم شروط معينة ، في حدود خمسة أفدنة لكل منهم . وتؤجر في حدود سبعة أمثال القصرية الأصلية المقدرة لها ، ويجوز أن تؤجر لمدة تقل عن ثلاث سنوات إذا استلزم ذلك إجراءات التوزيع . ويلحق بها الأراضي البر التي تستصلح وتزوع خفية والأراضي الزراعية التي تزوع خفية ، فهذه وتلك تحصر سنويا على زارعيها ، ثم تؤجر في السنة الزراعية التالية إلى صغار الفلاحين وفقا للأحكام المتضمن ذكرها ، على أن تكون الأولوية في التأجير لمن قام باستصلاحها إذا توافرت فيه الشروط .

وفما يتعلق بالتصرف في الأراضي الزراعية ، تؤول هذه الأراضي إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي للتصرف فيها بتوزيعها على صغار الفلاحين وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعي . واستثناء من هذا الحكم يجوز التصرف في هذه الأراضي ، في حدود خمسة أفدنة لكل مشر ، وذلك ببيعها بطريق الممارسة إلى : (١) الشركاء على الشيوع في الأرض محل البيع . (٢) الملاك المهاجرين ، مع تفضيل من يكون قد نزعت ملكيته كلها أو بعضها للمنفعة العامة . (٣) أصحاب حقوق الارتفاق على الأرض محل البيع . (٤) واضعي اليد على الأراضي المتخلفة عن المنفعة العامة . (٥) مالك الأرض التي نزعت ملكيتها لمنفعة عامة ، إذا عدل عن تخصيصها لذلك خلال خمس سنوات من تاريخ نزع الملكية . (٦) مالك الأرض التي رسا مزاد شرائها على الحكومة لقاء

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون: « والمقصود بعبارة الأراضي الواقعة داخل الزمام .. الأراضي التي تمت مساحتها مساحة تفصيلية ، وحصرت في سجلات مصلحة المساحة وفي سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة . والتي تخضع تبعا لذلك القصرية العقارية على الألبان . أما عبارة الأراضي الواقعة خارج الزمام فتشمل الأراضي التي لم تنسج مساحة تفصيلية ، ولم يتم حصرها لا في سجلات مصلحة المساحة ولا في سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة ، والتي لا تخضع لقصرية العقارية على الألبان » .

مطلوباتها ، إذا طلب المالك المزروعة ملكيته شراءها هو أو ورثته خلال خمس سنوات من تاريخ رسو المزاد (٧) واضعى اليد على المساحات الصغيرة من الأراضي المتناثرة التي لا يمكن توزيعها مجمعة ولا اتباع دورة زراعية منتظمة بها ، وذلك في الحالات التي تحددها اللائحة التنفيذية - ونحدد اللائحة التنفيذية مراتب الأولوية في الشراء في الحالات المتقدمة ، والشروط الواجب توافرها في المتصرف إليهم ، وقواعد تقدير ثمن الأراضي المتصرف فيها ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى .

٢- الأراضي البور والأراضي الصحراوية : وأول ما عرض له

القانون في شأن هذه الأراضي هو وضع قواعد التصرف فيها لاستصلاحها . فجعل لوزير الإصلاح الزراعي أن يحدد بقرار منه المناطق التي يجوز أن تباع فيها هذه الأراضي لاستصلاحها ، وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه . وفي دائرة هذه المناطق يجوز لوزير الإصلاح الزراعي أن يرخص في البيع ممارسة لمساحات من الأراضي البور في حدود عشرين فدانا ، أو الأراضي الصحراوية غير المزروعة في حدود خمسين فدانا ، لمن يتعهد باستصلاح الأراضي المبيعة وزراعتها في خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضي البور ، وخلال عشر سنوات بالنسبة إلى الأراضي الصحراوية . ونحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة وتقدير الثمن وشروط أدائه ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى . وإذا لم يقم المشتري باستصلاح الأرض في خلال المدة المحددة ، اعتبر البيع مفسوخا من تلقاء ذاته ، وألزم المشتري الذي انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة ويستول منها ما سبق أن أداه من ثمن وفوائد . أما إذا تم الاستصلاح وثبتت ملكية المشتري ، فإنه لا يجوز له التصرف فيما استصلح من أرض إلا إلى صغار الزراع بشروط معينة . واستثناء مما تقدم ، يجوز لوزير الإصلاح الزراعي أن يرخص في بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضي البور أو الخمسين فدانا من الأراضي الصحراوية إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة ، بشرط أن يتم استصلاح هذه الأراضي خلال عشر سنوات . ومتى تم استصلاح الأراضي ، لم يحز للشخص الاعتباري أن يتصرف فيها إلا لصغار الزراع بشروط معينة .

ولم ينظم القانون تأجير الأراضي البور. « وعلة ذلك - كما نقول المذكورة الإيضاحية - أن الأراضي البور قد عهد باستصلاح جانب كبير منها إلى الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة المتخصصة في أعمال استصلاح الأراضي وتعميرها. وبعد إتمام استصلاح الأشخاص الاعتبارية لتلك الأراضي وتعميرها وزراعتها، تكون طبيعة الأراضي المذكورة قد تغيرت من أرض بور إلى أرض توصف بأنها زراعية، وتسرى عليها تبعاً لذلك الأحكام المنصوص عليها في القانون المرافق والخاصة بالأراضي الزراعية. »

ولكن القانون نظم تأجير الأراضي الصحراوية، وكذلك التصرف في الأراضي الصحراوية المستصلحة.

فيجوز أن تؤجر الأراضي الصحراوية إلى صغار الزراع الذين تتوافر فيهم شروط معينة في حدود عشرة أفدنة لكل منهم. وتكون الأولوية في التأجير لمن كان يضع العين على الأرض المؤجرة ويزرعها فعلاً، ثم لمن هو أكثر عائلة وأقل مالاً من أهل المنطقة الأقرب إلى موقع الأرض المؤجرة، ثم لغیر هؤلاء وفقاً لمراتب الأولوية التي تحددها اللائحة التنفيذية. وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد التي تتبع في تقدير القيمة التجارية للأراضي الصحراوية ومدة الإيجار وسائر شروطه، ولا يجوز أن تؤجر الأرض لمدة تزيد على تسع سنوات. على أنه يجوز لوزير الإصلاح الزراعي، بعد أخذ رأى وزير الحربية، أن يحدد مناطق صحراوية معينة لا يسرى عليها قيد مدة تسع السنوات، وكذلك مناطق صحراوية معينة يحظر فيها التأجير على إطلاقه.

أما التصرف في الأراضي الصحراوية التي يتم استصلاحها وتعميرها وزراعتها بواسطة الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة التي يعهد إليها بذلك، وفقاً لبرامج التنمية وخططها، فيكون بتوزيعها على صغار الزراع وغيرهم للمعاهد الزراعية الذين تتوافر فيهم شروط معينة. بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لا تقل عن أربعة أفدنة ونصف ولا تزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعاً لحوجة الأرض والحالة الاجتماعية للمتفع. وتكون الأولوية في التوزيع على الوجه الآتي: أولاً - لمن أصبر في مورد رزقه بسبب أعمال الاستصلاح من المقيمين في منطقته. ثانياً - ما يتبقى من الأراضي المستصلحة بعد ذلك يخصص نصفه على أهل المناطق المزدهرة بالسكان التي يصلح بتحديد قرار

من وزير الإصلاح الزراعي؛ وذلك وفقاً لترتيب الآتي : (أ) خريجي المعاهد الزراعية وعمل الترحيل الذين عملوا بصفة دائمة في استصلاح الأرض . (ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع . (ج) من يقبل الهجرة إلى منطقة الاستصلاح من أهالي المناطق المزدهرة المشار إليها . ثالثاً - النصف الثاني من باقي الأرض المستصلحة يوزع على الترتيب الآتي : (أ) خريجي المعاهد الزراعية والعمال الزراعيين الذين عملوا في استصلاح الأراضي المورحة بصفة دائمة من أهل المنطقة محل التوزيع أو من أهل المناطق الأخرى غير المزدهرة . (ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع من أهل المناطق غير المزدهرة . (ج) أهل المنطقة الواقعة بها الأرض محل التوزيع والمناطق المجاورة لها - وتمدد اللائحة التنفيذية قواعد تقدير ثمن الأراضي المستصلحة التي يتم التصرف فيها بطريق التوزيع ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده ، وسائر أحكام التوزيع الأخرى . ولوزير الحربية ، بعد أخذ رأي وزير الإصلاح الزراعي ، أن يحدد بقرار منه المناطق التي يحظر فيها التملك لأغراض عسكرية ، وله أيضاً اتخاذ إجراءات نزع ملكية الأراضي الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتاً إذا اقتضت ذلك دواعي المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القوي الخارجي أو الداخلي . ويجوز عند الضرورة ، بقرار من وزير الإصلاح الزراعي ، تجنيب أصحاب الملكيات التي تتدخل مناطق الاستصلاح في مكان واحد ، وتعويضهم عنها بأراضي أخرى بما يتم استصلاحه ، أو تعويضهم نقداً طبقاً لأحكام قانون نزع الملكية للمنفعة العامة^(١) .

(١) وقد نص القانون على تشكيل لجان قضائية تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بتأجير الأراضي الصحراوية والتصرف فيها وبعض منازعات أخرى . وتشكل هذه اللجان بقرار من وزير الإصلاح الزراعي ، برئاسة رئيس محكمة ابتدائية على الأقل وعضوية قاض يختارها وزير العدل ونائب من مجلس الدولة يختاره المجلس . وتختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بتأجير الأراضي الصحراوية وتوزيعها والتصرف فيها بينهما ، وفي الاعتراضات التي ترفع في شأن نزع الملكية والاستيلاء الموقت عما يتعلق منها بتقدير التعويض ، وفي المنازعات المتعلقة بالملكية والمخزوق العينية السابقة على تاريخ العمل بقانون تملك الأراضي الصحراوية . وتكون القرارات الصادرة من اللجان نهائية وغير قابلة لأي طعن بعد التصديق عليها من اللجنة العليا الموكول إليها تفسير نصوص القانون تفسيراً تشريعياً (وسياتى بيانها فيما يلي انظر ققرة ٩٤ في الماش) ، وتنفذ القرارات بالطريق الإداري .

٣- الأراضي الفضاء والعقارات المبنية : فيما يتعلق بتأجير الأراضي

الفضاء ، توجر هذه الأراضي إذا كانت مشغولة بمنشآت غير ثابتة ، إلى شاغلها لمدة لا تزيد على عشر سنوات بشرط ألا يقيموا عليها أية منشآت ثابتة ، ويجوز تجديد العقد لمدة أو مدد أخرى مماثلة بقرار من وزير الإصلاح الزراعي . كما يجوز بقرار من الوزير التأجير لمدة تزيد على عشر سنوات ولا تتجاوز ثلاثين سنة ، إذا كان الغرض من التأجير هو إقامة منشآت ثابتة على الأرض المؤجرة ، بشرط أن يقبل المستأجر وصاحب المنشآت أبولوة الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الدولة في نهاية مدة التعاقد دون مقابل . وفيما يتعلق بتأجير العقارات المبنية ، يكون تأجيرها بالأجرة المقررة طبقاً لأحكام القوانين السارية .

وفيما يتعلق بالتصرف : يجوز التصرف في الأراضي المبنية أو المشغولة بمنشآت ثابتة أو غير ثابتة إلى شاغلها ، وذلك بطريق الممارسة وفقاً للقواعد والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية .

يبقى الأراضي الفضاء غير المشغولة بمنشآت ثابتة أو غير ثابتة ، فهذه يكون تأجيرها والتصرف فيها بطريق الممارسة أو المزاو العلني ، وفقاً للقواعد والإجراءات والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية .

٩١ - أملا م عامة تسري على جميع الأراضي : وبعد أن بين القانون القواعد الواجبة الاتباع في تأجير الأراضي بمختلف أنواعها وفي التصرف فيها على النحو سالف الذكر ، انتقل إلى تقرير أحكام عامة تسري على جميع الأراضي نذكر منها ما يأتي :

١ - لا يجوز لأي شخص أن يضع يده على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة ، ولا أن يجوزها بأية صفة كانت ، إلا وفقاً لأحكام القانون ، وقد تقدم أنه لا يجوز أيضاً تملكها بالتقادم . وكل تصرف أو تقرير لأي حق حيني أو تأجير يتم بالمخالفة لأحكام القانون يقع باطلاً ولا يجوز شهره ، ويجوز لكل ذي شأن طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .

٢ - ما يستحق للدولة من ثمن أو أجرة عن العقارات الداخلة في ملكيتها

«الخاصة له امتياز عام على أموال المدين في مرتبة المبالغ المستحقة للخزينة العامة ومساوية على أي امتياز آخر عدا المصروفات القضائية والضرائب والرسوم ، والدولة أن تحصل هذه المبالغ بطريق الحجز الإداري . ولا يجوز لمن تزول إليه ملكية أحد هذه العقارات أن يتصرف فيه إلا بعد أداء ثمنه كاملا ، وإلا كان التصرف باطلا ولا يجوز شهره .

٣- إذا تخلف المتصرف إليه عن الوفاء بأحد التزاماته ، ولم تكن قد مضت خمس سنوات من تاريخ التصرف ، حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل برئاسة مستشار مساعد بمجلس الدولة وعضوية نائب بمجلس الدولة وأحد مديري الإدارات بالهيئة العامة للإصلاح الزراعي أو المؤسسة المصرية العامة لتعوير الصحاري بحسب الأحوال . وللجنة ، بعد سماع أقوال صاحب الشأن ، أن تصدر قرارا بإلغاء التوزيع أو فسخ البيع . ولصاحب الشأن أن يتظلم من هذا القرار إلى وزير الإصلاح الزراعي خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه إليه . ولا يكون قرار اللجنة نهائيا إلا بعد تصديق الوزير عليه بعد انقضاء ميعاد التظلم ، وينفذ القرار بالطريق الإداري . ويترتب على إلغاء التوزيع أو الفسخ اعتبار المتصرف إليه مستأجرا للعقار من تاريخ تسليمه إليه ، وتستحق عليه أجرته حتى تاريخ تسلمه منه ، ويستزل من قيمة هذه الأجرة ما أداءه المتصرف إليه قبل إلغاء التوزيع أو الفسخ من ثمن وفوائد وكذلك ما يستحق له من تعويض عن الغراس والمنشآت التي يكون قد أقامها في العقار على نفقته .

٤- يجوز لوزير الإصلاح الزراعي أن يخصص في تأجير بعض العقارات أو في التصرف فيها دون التقيد بأحكام القانون ، وذلك إذا كان التأجير أو البيع إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة إلى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات تنفيذ في تنمية الاقتصاد القومي ، أو لدعم مشروعات قائمة منها ، أو لإقامة منشآت ذات نفع عام عليها ، وذلك بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة . ويكون التأجير أو البيع في هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية .

٥- يجوز لوزير الإصلاح الزراعي عند الضرورة القصوى أن يقرر تجميع الأراضي الداخلة في ملكية الدولة الخاصة قبل التصرف فيها ، مع تعويض الغير من أصحاب الأراضي التي تتخللها أو تتداخل فيها على وجه يقلل من

إتلتجها أو من تمام الانتفاع بها ، إما حيناً أو نقداً حسب اختيار صاحب الشأن .
فلذا لم يبد صاحب الشأن خياره ، كان التعويض عيناً ، وتحديد اللاتمة التنفيذية
إجراءات التجنيب ، وقواعد التعويض العيني والنقدي ، وشروطه .

٦ - وأخيراً تنص المادة ٦٩ من القانون على أنه « مع عدم الإخلال بأية
عقوبة أشد ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين
العقوبتين كل من يدلي ببيانات غير صحيحة يترتب عليها انتفاع أو انتفاع
غيره دون وجه حق بأحكام هذا القانون ، سواء كان ذلك باقتضاء تعويض
لا يستحقه أو باستئجار أو تملك العقارات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون ،
وذلك فضلاً عن رد ما قبضه بغير حق وبطلان التصرف ومصادرة المبالغ
التي يكون المخالف قد أداها إلى الحكومة - ويعفى من العقاب كل من بادر مز
تلقاء نفسه بإبلاغ الجهة الإدارية المختصة بأمر البيانات غير الصحيحة التي يكون
قد أدلى بها أو أشترك في الإدلاء بها على النحو المشار إليه في الفقرة السابقة » .

٩٢ - أثر أحكام قانونه سنة ١٩٦٤ بالنسبة إلى الوقائع التي سبقت

مصدوره : وقد انتهى القانون في الباب السادس منه إلى أحكام انتقالية وختامية
عرض فيها لوقائع سبقت صدوره وبين أثر أحكامه في هذه الوقائع . نذكر
من ذلك :

١ - عقود إيجار العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة ، والتي كانت
سارية في تاريخ العمل بالقانون ، تلغى فيما يخالف أحكامه .

٢ - جميع التصرفات التي تمت قبل العمل بالقانون على عقارات كانت
داخلة في ملكية الدولة الخاصة تبقى نافذة ، بل ذات الشروط والأحكام السارية
وقت إقرارها . ويجوز للمجلس التنفيذي (مجلس الوزراء) تعديل هذه
الشروط والأحكام أو إلغاؤها أو إضافة أحكام جديدة إليها ، إذا كان ذلك
بقصد التيسير على المتصرف إليهم من صغار الفلاحين أو من خريجي المعاهد
الزراعية .

٣ - يمنع كل من اشترى أرضاً بوراً أو أرضاً صحراوية من الحكومة بقصد
استصلاحها ، قبل العمل بالقانون ، مهلة يتم خلالها امتصلاص الأراضي المبيعة
إليه وزراعتها ، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من

تاريخ العمل بالقانون أى المدين طول . فإذا لم يتم المشتري باستصلاح الأرض للبيعة إليه وزراعتها خلال المهلة المشار إليها ، اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء ذاته ، دون حاجة إلى تنبيه أو إخطار أو حكم قضائى .

٤ - يعتد بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كاتنة فى إحدى المناطق المتبرة خارج الزمام فى تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية (رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨) ، والمستندة إلى عقود تم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشربعد . كما يعتد أيضاً بالقرارات النهائية الصادرة وفقاً لأحكام قانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، والتي تضمنت تقرير التملك لبعض الأشخاص بالنسبة إلى ما كانوا يحوزونه من عقارات . ويعد مالكا يحكم القانون : (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبما لا يتجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية المقررة قانونا . ولايسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط . فإذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، فيجوز أن يعرض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار الجديدة التى تنشئها الدولة . (ب) كل من أتم قبل العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية إقامة بناء مستقر يحوزه ثابت فيه ولا يمكن نقله منه ، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التى تلتحق به وتعد مرفقاً له ، بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، وذلك بشرط بقاء البناء قائماً حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

٥ - العقارات التى تم التصرف فيها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وكانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة ، ولم يتم الوفاء بكامل ثمنها وملحقاته حتى ذلك التاريخ ، وتغير وضع اليد الفعلى عليها نتيجة تصرفات تالية ، يجوز لوزير الإصلاح الزراعى أن يرخص فى اتخاذ إجراءات نقل

ملكيتها إلى الحائزين الحاليين ، ونجزة الديون المستحقة للحكومة من باقى الثمن وملحقاته بالنسبة إلى كل منهم بحسب مساحة العقار الذى يضع يده عليه . ويجوز التظلم من القرارات الإدارية الصادرة فى شأن تحقيق الملكية ووضع اليد ونجزة ديون الحكومة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ نشر هذه القرارات . وتختص بالفصل فى التظلم اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى ، ويكون قرارها فى هذا الشأن نهائيا . وتبين اللائحة التنفيذية الإجراءات التى تتبع فى تحقيق الملكية ووضع اليد ونجزة ديون الحكومة وفى النشر عن القرارات الإدارية الصادرة فى هذا الشأن وتحديد النموذج الذى يتم بموجبه نقل الملكية ونجزة ديون الحكومة بالنسبة إلى كل من الحائزين المذكورين^(١)

الفصل الثانى

الحقوق التى ترد على الأشياء المادية

(أو الأموال)

٩٣ - الأموال والزمرة المالية : قلنا أن الحقوق التى ترد على الأشياء المادية هى الأموال ، تميزاً للمال عن الشيء . ومجموع هذه الأموال^(٢) هى الزلزمة المالية .

فنبحت إذن: (١) الأموال وتقسيمها إلى حقوق عينية وحقوق شخصية

(٢) الزلزمة المالية وما يتصل بها من المطلوب العينى .

(١) وانتهى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتأليف لجنة عليا لتفسير نصومه تفسيراً تشريعياً ، نصت المادة ٨٧ منه على أن « تشكل لجنة عليا برئاسة وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى وعضوية كل من رئيس مجلس الدولة وروساء مجالس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى والمؤسسة المصرية العامة لتصوير الأراضى والمؤسسة المصرية العامة لاستصلاح الأراضى والمؤسسة المصرية العامة لتصوير الصحارى ورئيس إدارة الفتوى والتشريع المختصة بمجلس للدولة ووكيل وزارة الخزانة والمحربية . ويكون لهذه اللجنة تفسير أحكام هذا القانون ، وتنشر قراراتها فى هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً ، وتنتشر فى الجريدة الرسمية » .

(٢) ويدخل فى ذلك الديون ، كما تدخل الحقوق المالية التى ترد على الأشياء غير المادية وسنطرحها فى الباب الثانى الذى أفردناه للأشياء غير المادية .

الفرع الأول

الأموال وتقسيمها الى حقوق عينية وحقوق شخصية

٩٤ — **تقسيم المال إلى حق عيني وحق شخصي** : المال ، وهو الحق الذى يرد على الشيء المادى ، ينقسم اتقساماً أساسياً إلى حق عيني (droit réel) وحق شخصي (droit personnel) (١).

فتكلم أولاً فى الحق العيني والحق الشخصى وكيف يتميز أحدهما عن الآخر ، وكيف يمتد تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول من الأشياء إلى الأموال أى إلى الحقوق العينية والحقوق الشخصية .

ثم نقتصر على الحق العيني وحده . فهو محل البحث فى الأجزاء الثلاثة الباقية من الوسيط كما كان الحق الشخصى هو محل البحث فى الأجزاء السبعة الأولى . ونستعرض خصائص الحق العيني ، ثم نبين أن الحقوق العينية خلافاً للحقوق الشخصية المذكورة على سبيل المحصر فنذكر مفرداتها .

(١) وقد ورد فى التقنين المدنى العراق سلسلة من النصوص فى هذا الموضوع ، نوردتها فيما يلى :

م ٦٥ : المال هو كل حق له قيمة مادية .

م ٦٦ : الحقوق المالية تكون إما عينية وإما شخصية .

م ٦٧ : ١ - الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين ، يعطيها القانون لشخص معين .

٢ - وهو إما أصل أو تبعى .

م ٦٨ : ١ - الحقوق العينية الأصلية هى حق الملكية وحق التصرف وحق المقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساكنة وحقوق الارتفاق وحق الوقت وحق الإجازة الطويلة .

٢ - والحقوق العينية التبعية هى حق الرهن التأمينى وحق الرهن الحيازى وحقوق الامتياز .

م ٦٩ : ١ - الحق الشخصى هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين ، يطلب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يحتج عن عمل .

٢ - ويعتبر حقا شخصيا الالتزام بنقل الملكية أيا كان محلها ، نقداً أو مثليات أو قيميات . ويعتبر كذلك حقا شخصيا الالتزام بتسليم شيء معين .

٣ - ويؤدى التعبير بلفظ « الالتزام » ولفظ « الدين » نفس المعنى الذى يؤدى التعبير بلفظ « الحق الشخصى » .

المبحث الأول

بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي
وتقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار ومنقول

المطلب الأول

بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي

٩٥ - تعريف كل من الحق العيني والحق الشخصي - إمامة إلى

ما تقدم في نظرية الالتزام : قدمنا في الجزء الأول من الوسيط^(١) ، عند الكلام في النظرية العامة للالتزام ، أن الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين ، وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية . أما الحق الشخصي فهو رابطة قانونية (juris vinculum) ، ما بين شخصين دائن ومدين ، يتحول الدائن بموجبها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمله .

وقد عرف القانون الروماني الفرق ما بين الحق العيني والحق الشخصي ، ولكنه كما دته كان يركز على الدعوى لا على الحق . ففي الدعوى العينية (actio in rem) ، كانت صيغة الدعوى (formule) لا تتضمن تعيين المدعى عليه ، وتقتصر على تعيين صاحب الحق والشيء محل الحق . وفي الدعوى الشخصية (actio in personam) ، كانت صيغة الدعوى تتضمن تعيين المدعى عليه أى المدين ، لأنه هو الشخص الذي يرتبط بالدائن وبوساطته يقتضى الدائن حقه . ولكن القانون الروماني لم يصل إلى تعريف مجرد للحق العيني ، بل إن الاسم نفسه لم يكن مألوفاً فيه ، ولم يظهر إلا أخيراً عند المحشين (glossateurs) . وهذا بخلاف الحق الشخصي أى الالتزام ، فله تعريف تقليدي مألوف في القانون الروماني^(٢) .

(١) فقرة ٢ وما بعدها .

(٢) وهذا هو : Obligatio est juris vinculum que necessitate adstringitur : alcujae solvenda rei, secundum nostrae civitatis jure.

أما في العصور الوسطى ، فقد برزت الحقوق العيضة ، وبخاصة الحقوق العيضة الإقطاعية (féodaux) ، وتعددت ، في حين أن الحق الشخصي أخذ في الانزواء والضمور . بل نزمت من الحقوق الشخصية بعض حقوق اقتربت من الحقوق العيضة وسُميت « jus ad rem » ، وهي الحقوق الشخصية التي تلزم المدينين بنقل حق عيني إلى الدائن^(١) .

٩٦ — محاولة هدم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي : وقد قدمنا^(٢) أن التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي هو الأساس الذي تقوم عليه تقسيمات القانون المدني فيما يتعلق بالأموال . وقد وقعت محاولات لهدم هذا التمييز ، إما بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، أو بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني .

٩٧ — محاولة هدم التمييز بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي : وعلى رأس من قال بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي برز پلانيول^(٣) ، فهو يقول إن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص ، ولا يمكن أن يقال إن الحق العيني هو رابطة ما بين الشخص والشيء ، لأن الشيء إنما يكون محلاً للحق لا طرفاً فيه ، والرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . فالحق العيني إذن هو ، كالحق الشخصي ، رابطة ما بين شخص وشخص . والحق العيني يتفق أيضاً مع الحق الشخصي في أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة : محل الحق والدائن والمدين . فحق الملكية مثلاً محله الشيء المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة فيما عدا الدائن إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يتأثلان من حيث الطبيعة والعناصر ، وإنما يختلفان في شيء غير جوهري ، كما يقول پلانيول ، هو جانب المدين . ففي الحق العيني يكون المدين دائماً هم جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق

(١) انظر Brissaud ص ٢٣٨ وص ٢٤١ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢ - فقرة ٤ .

(٣) پلانيول جزء أول سنة ١٨٩٦ فقرة ٢١٥٨ - وغال ديموج ، بعد پلانيول ، في تقريب الحق العيني من الحق الشخصي إلى حد التوسية بينهما (ديموج في الأتكار الأسرية في القانون الخاص ص ٤٠٥ - ص ٤٤٢) .

العيني حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين (passivement universel) أما في الحق الشخصي فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات .
والذي ننتقيه مما قاله پلانيول أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العيني رابطة ما بين الشخص والشئ ، فالرابطة لا تقوم كما يقول پلانيول إلا بين الشخص والشخص . ولذلك قلنا في تعريف الحق العيني إنه « ساطة لشخص على شئ » ، ولم نقل إنه « رابطة ما بين شخص وشئ » . وأما القول بأن الحق العيني هو حق شخصي عام من حيث المدين ، فليس هذا هو الذي يختلف فيه الحق العيني عن الحق الشخصي كما ذهب پلانيول ، إذ الحق الشخصي فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين ، وتلزم الناس كافة باحترامه^(١) . فإذا أضل أحد بهذا الالتزام ، بأن حرص المدين مثلاً على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مسئولاً ووجب عليه التعويض . والذي يخالف فيه الحق الشخصي الحق العيني أن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني شيئاً جوهرياً هو الذي يميزه عنه ، وذلك هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره . ففي كل حق شخصي يوجد مدين معين أو مدنيون معينون هم الذين يباشر الدائن سلطته على الشئ محل الحق بوساطتهم ، ولا وجود لمؤاء في الحق العيني . وهذا فرق جوهري ما بين الحقين ترتب عليه نتائج هامة سيأتي ذكرها . وإذا تعين شخص بالذات يكون قد اعتلى على الحق العيني ، فإن هذا الشخص يكون مسئولاً لا بموجب الحق العيني ذاته ، بل بموجب التزام شخصي تولد عن الخطأ الذي ارتكبه ، ويكون إذن طرفاً لا في الحق العيني الموجود من قبل ، بل في الحق الشخصي الذي تولد عن الخطأ^(٢) .

على أن احترام الناس كافة للحق العيني إنما يكون بعد استكمال هذا الحق لجميع عناصره ، وقيامه حقاً كاملاً مستوفياً لجميع مقوماته . فهذا الاحترام إذن ليس عنصراً من عناصر الحق العيني ، إذ هو لا يوجد كما قدمنا إلا بعد

(١) واحترام الناس لحقوق ، عينية كانت أو شخصية ، ليس معناه أن هناك التزاماً يقع على عاتق كل منهم بحيث يصبح أن يكون هذا الالتزام ديناً في اللغة يحسب بين عناصرها اتسالية (كاربرانيه ص ٤٠) .

(٢) انظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ١٣ ص ٢٢ - ٢٣ - وقارن پلانيول .
ورديير ويكلمر ٣ فقرة ٣٨ ص ٤٣ - محمد علي غرقة فقرة ٦ ص ١٤ .

استيفاء الحق العيني لجميع عناصره . فلا يوجد إذن مدین بالحق العيني هو عنصر من عناصر هذا الحق كما يوجد مدین في الحق الشخصي هو أحد عناصره ، والحق العيني يتكون وتتکامل عناصره بوجود صاحب الحق والشيء محل الحق وحدهما ، وعندئذ يجب على الناس كافة احترام هذا الحق الذي تكاملت عناصره . أما الحق الشخصي فلا يتكون ولا تتکامل عناصره بوجود صاحب الحق والشيء محل الحق وحدهما ، بل لابد من عنصر ثالث ينضاف إليهما هو المدین بالحق الشخصي . فإذا وجد المدین إلى جانب صاحب الحق (الدائن) والشيء محل الحق ، فقد تكاملت عناصر الحق الشخصي ، ووجب هنا أيضاً ، كما في الحق العيني ، على الناس كافة احترام هذا الحق ، دون أن يكون هذا الاحترام داخلاً في تكوين الحق الشخصي إذ هو لم يوجد إلا بعد أن تكون الحق (١) .

٩٨ — محاولة هرم التمييز بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني :
وقد حاول فريق آخر هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي ، عن طريق تقريب الحق الشخصي من الحق العيني ، وعلى رأس هذا الفريق سالي (Saleilles) ولامير (Lambert) . ويتأخص رأيهما ، كما قلنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) ، في أن الحق الشخصي هو كالحق العيني عنصر من عناصر الذمة المالية يتصرف فيه صاحبه ، فيبذره ويهبه ويبرهنه ويجري فيه سائر التصرفات . فالحق الشخصي يجب النظر إليه ، لا باعتبار أنه رابطة بين شخصين ، بل باعتبار أنه عنصر مالي ، فتتجرد القيمة المالية للحق الشخصي عن شخص الدائن وعن شخص المدین . وبذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني ، وهذا هو المذهب للمادى للالتزام (٣)

وليس ينكر على المذهب المادى للالتزام انتشاره ومسايرته للتطور القانوني الحديث . فهو المذی يسر التسليم بحالة الدين على غرار حوالة الحق ، إذ لا

(١) قرب من هذا الحق كاربونييه ص ٤٠ — أحمد حشمت أبوستيت (نقلاً عن مذكرات جسد المحلى خيال غير المطبوعة فقرة ٥) في نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ ص ١٠ هامش ١ .

(٢) فقرة ٤ .

(٣) انظر أيضاً في هذا المذی Jaller في فكرة استمرار الشخصية رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ —

Gazin في فكرة الذمة المالية في النظرية التقليدية رسالة من ديجون سنة ١٩١١ — Gaudemet في حوالة الدين خلف خاص رسالة من ديجون سنة ١٩٢٨ .

كانت العبرة في الحق الشخصي هي قيمته المادية لا بالمدين والدائن ، أمكن تصور أن تنقل هذه القيمة المادية من مدين إلى مدين في حوالة الدين ، كما انتقلت من دائن إلى دائن في حوالة الحق . وأمكن كذلك ، بفضل المنهج المادى ، أن تصور التزاما يقع عبثا في مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام ، ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، كما في الوعد بجائزة لغير دائن معين وكالسند لحامله وكالاشتراط لمصلحة شخص غير معين .

ولكننا مع ذلك لا نرى المذهب المادى يترتب عليه هدم التمييز ما بين الحق العيى والحق الشخصي . « فن الممكن » - كما قلنا في الجزء الأول من الوسيط - أن ينظر إلى الالتزام نظرية مادية باعتبار موضوعه لا باعتبار أشخاصه ، ويكون في هذا تقريب بينه وبين الحق العيى . ولكن ذلك لا يبنى أن هناك فرقا جوهريا ما بين الحقين ، حتى إذا نظر إليهما معاً من حيث موضوعهما ه فاللدائن في الحق العيى يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصي فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بوساطة المدين ^(١) .

٩٩ - بناء التمييز قائما ما بين الحق العيى والحق الشخصي :

وبالرغم من المحاولات المتقدمة ، محاولة تقريب الحق العيى من الحق الشخصي ومحاولة تقريب الحق الشخصي من الحق العيى ، فإن التمييز ما بين الحقين يبق قائما قايما لا شبهة فيه ، وبقي هو المحور الذى تدور عليه تقسيات القانون المدني في الأموال . فالقانون المدني لا يزال يقسم الأموال إلى حقوق عينية وحقوق شخصية ، ويميز تمييزاً دقيقاً بين هذه وتلك ، ويعتد فصولا للأولى وتفصل تماما عن الفصول التى يعقدها للأخرى . وهكذا فعلت كل التقنينات المدنية القديمة والحديثة ، وهكذا فعل التقنين المدني المصرى السابق والجديد .

فصاحب الحق العيى يصل مباشرة إلى الشيء محل الحق ، ويستخلص منه فوائده دون وساطة أحد ، إذ هو ليس في حاجة إلى هذه الوساطة . أما صاحب الحق الشخصي فلا يصل مباشرة إلى الشيء محل الحق ، وإنما يصل

(١) الوسيط ١ فقرة ٤ - وانظر كاربوتيه ص ٤٠ - ص ٤١ .

إليه بطريق غير مباشر وبوساطة المدين . ولا يستطيع أن يستعمل حقه على الشيء إلا إذا توسط المدين بينه وبين هذا الشيء ، فهو لا يستعمل سلطة مباشرة على الشيء كما في الحق العيني ، بل يتقاضى حقاً من المدين . وتأخذ مثلاً لذلك المنتفع صاحب الحق العيني والمستأجر صاحب الحق الشخصي . فالمنتفع يباشر سلطته على الشيء مباشرة دون وساطة صاحب الرقبة ، أما المستأجر فلا يباشر سلطة مباشرة على العين المؤجرة وإنما يطالب المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين فلا يصل إليها إلا بوساطة المؤجر . والمهم في الحق العيني ليس هو تعيين المدين إذ لا مدين في الحق العيني كما قلنا ، بل هو تعيين الشيء محل الحق إذ لا يمكن أن يترتب حق عيني إلا على شيء معين بالذات . أما المهم في الحق الشخصي فليس تعيين الشيء محل الحق إذ يجوز أن يتعلق الحق بالشخص بشيء غير معين إذا كان قابلاً للتعيين ، وإنما المهم هو تعيين المدين إذ لا يقوم حق شخصي إلا بعين معين يترتب في ذمته الالتزام وقت نشوئه . فينبغي إذن التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي - كما قلنا في الجزء الأول من الوسيط - « قائماً ومحتفظاً بأهميته . فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، والحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد الموضوع ، أما في الحق الشخصي فتحديد المدينين . ويزيد الحق الشخصي عن الحق العيني عنصراً أساسياً ، هو وجود مدين معين يباشر بوساطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق ^(١) . ومن أجل ذلك كان الحق الشخصي أكثر تعقيداً من الحق العيني ، فالحق الشخصي يتكون من عناصر ثلاثة هي الدائن والمدين ومحل الحق ، أما الحق العيني فينبغي في تكوينه عنصران هما صاحب الحق ومحل الحق ^(٢) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٥ .

(٢) « ولا يزال الحق الشخصي رابطة فيما بين شخصين ، ولا يزال لشخصية الدين والذات أثر كبير في تكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لا بد من وجود طرق الالتزام وقت تنفيذه على الأقل . وسنرى أن أية الطرفين - وهذا شيء نفسي - يؤثر تأثيراً كبيراً في وجود الالتزام صريحاً ، وفي تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هي السبيل الذي تتسرب به العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية في الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يترتب به المذهب الماض ذاته » (الوسيط ١ فقرة ١١) .

ومهما يكن من أمر ، فإن التمييز الذى قام بهذا الوضوح ما بين الحق العيني والحق الشخصى لم يمنع من اختلاط الحقين أحدهما بالآخر فى حالات قليلة ، كما وقع ذلك فبا يسمى « بالالتزام العيني » ونورد عنه كلمة موجزة .

١٠٠ — **الالتزام العيني** (*) : يحدث فى بعض الأحوال أن شخصا يجد نفسه ملزما بأداء عمل معين نحو شخص آخر ، ولكن سبب هذا الالتزام ينحصر فى أن المدين هو المالك لعين معينة . فهنا وجد الالتزام بسبب ملكية العين ، ومن ثم سعى بالالتزام العيني (*obligation réelle, obligation propter rem*) ونورد للإيضاح بعض الأمثلة :

١ — تنص المادة ٨١٣ مدنى على أن « لكل مالك أن يجبر بجاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما » . فهنا المالك لأرض تلاصق أرضا يملكها الجار ملتزم نحو هذا الجار ، إذا طلب ، أن يشارك فى وضع حدود للأرضين المتلاصقتين بحيث يمكن التثبت من حدود كل أرض منهما فى الجهة التى فيها يتلاصقان . ويتحمل مالك الأرض نصف نفقات وضع الحدود المذكورة ، ويتحمل جاره النصف الآخر . ويلاحظ أن الالتزام الذى فى ذمة صاحب الأرض ، من المشاركة فى وضع الحدود وفى تحمل النفقات ، لم يترتب إلا بسبب ملكية هذا الشخص للأرض المتلاصقة . فإدام مالكا لهذه الأرض فهو ملتزم ، فإذا زالت ملكيته بأن تصرف فى الأرض مثلا ، فإن الالتزام ينتقل من ذمته إلى ذمة المالك الجديد . وحتى لو مات تالت الأرض إلى وارث ، فإن الوارث يصبح ملتزما ، لا باعتباره وارثا ، بل باعتباره المالك الجديد للأرض . فالالتزام هنا إذن يلدور مع ملكية الأرض وجودا وعلمنا ، فهو التزام مصاحب دائما للملكية العينية ، ومن ثم فهو التزام عيني .

٢ — تنص المادة ١٠٢١ مدنى على أنه « لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق ، إلا أن يكون عملا إضافيا يقتضيه

* مراجع : Michou رسالة من تانى سنة ١٨٩١ - De Juglar رسالة من بورديو سنة ١٩٣٧ - Balbi رسالة من تورينو سنة ١٩٠٠ - Aberkane رسالة من الجزائر سنة ١٩٠٠ .

استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، ما لم يشترط غير ذلك . وتنص المادة ١٠٢٢ مدنى على أن هـ ١ - نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ما لم يشترط غير ذلك . ٢ - فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق . ٣ - وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل نسبة ما يعود عليه من الفائدة . ويستخلص من هذه النصوص أن مالك العقار المرتفق به لا يكون ملزماً في الأصل بالقيام بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق ، ولا بأية نفقة . ومع ذلك يجوز استثناء أن يكون ملزماً : (أولاً) بالقيام بعمل إضافي يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ما لم يشترط غير ذلك . (ثانياً) بنفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه ، إذا اشترط عليه مالك العقار المرتفق ذلك وقبل الشرط . (ثالثاً) إذا كانت الأعمال نافعة للعقار المرتفق به ، ألزم مالك هذا العقار ، دون شرط ، بالمساهمة في نفقة هذه الأعمال بنسبة ما يعود على عقاره من الفائدة .

ففي جميع هذه الأحوال نرى أن مالك العقار المرتفق به يلتزم نحو مالك العتار المرتفق بأداء عمل أو المساهمة في نفقة . وهو يلتزم بذلك على أساس ملكيته للعقار المرتفق به ، أى بسبب هذه الملكية . ومادام مالكا للعقار المرتفق به فهو ملتزم ، فإذا انتقلت ملكية هذا العقار إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا أيضاً مرتبط بملكية العقار المرتفق به ، ويلزم مع هذه الملكية وجودا وعدما ، ومن ثم فهو التزام عيني .

٣ - تنص المادة ٨١٤ / ٢ مدنى على ما يأتي : « فإذا لم يعد الحائظ المشترك صالحا لفرض الذى خصص له عادة ، فنفقة لإصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه . » فهنا أيضاً يلتزم الشريك في الحائظ المشترك ، إذا احتاج الحائظ إلى إصلاح أو تجديد ، بالمساهمة في النفقات بنسبة حصته في الحائظ . وهو يلتزم بذلك على أساس ملكيته الشائعة في الحائظ المشترك ، وبسبب هذه الملكية . ومادام شريكا في الحائظ فهو ملتزم ، فإذا انتقلت ملكيته إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا (ذن

مرتبط بملكية الحائظ المشترك ، ويلبور مع هذه الملكية وجودا وعدما ، ومن ثم فهو التزام عيني .

٤- تنص المادة ١/١٠٦٠ مدني على أنه « يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه » . ويفهم من هذا النص أن الحائز للعقار المرهون رهننا رسميا ملتزم بدفع الدين المضمون بالرهن ، لا على أساس أن التزاما شخصيا قد ترتب في ذمته ، بل على أساس ملكيته للعقار المرهون ، وبسبب هذه الملكية . ومادام مالكا للعقار المرهون فهو ملتزم ، فإذا انتقلت ملكية هذا العقار إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا كذلك مرتبط بملكية العقار المرهون ، ويلبور مع هذه الملكية وجوداً وعدماً ، ومن ثم فهو التزام عيني .

وتكفي هذه الأمثلة لتوضيح ما هو الالتزام العيني . فهو التزام يوافق الالتزام الشخصي ، من حيث أنه يجبر مدينا معيناً نحو دائن معين على أداء عمل معين . ولكنه يفارق الالتزام الشخصي ، ويوافق الحق العيني ، في خصائص ثلاث هامة :

أولاً - يتركز الالتزام العيني في عين معينة بالذات ، ولا يتناول غيرها من أموال المدين . فهو ، على خلاف الالتزام الشخصي ، لا يكفله ضمان عام (gage commun) . على جميع أموال المدين ، ويقتصر في ضمانه على العين التي ترتب الالتزام بسببها .

ثانياً - وما دام الالتزام العيني لم يترتب إلا بسبب ملكية هذه العين ، فإنه يلزم مع هذه الملكية وجوداً وعدماً كما قلنا . فلا ينتقل إذن ، كما يفضل الالتزام الشخصي ، إلى الخلف العام . بل ينتقل إلى من انتقلت إليه ملكية العين ، حتى لو انتقلت الملكية بالميراث ، فإن الوارث يصبح ملتزماً ، لا باعتباره وارثاً ، بل باعتباره مالكا للعين . ويتضح ذلك في الشريعة الإسلامية ، فإن الوارث باعتباره وارثاً لا ينتقل إليه الالتزام الشخصي المرتب في ذمة مورثه ، بل يبقى هذا الالتزام في التركة ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . أما إذا كان الالتزام التزاماً حياً ، فإنه ينتقل إلى الوارث ، حتى لو كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تسري على الميراث .

ذلك أن الالتزام العيني لا ينتقل إلى الوارث باعتباره وارثا حتى يمتنع انتقاله وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، بل ينتقل إلى الوارث باعتباره مالكا لعين وقد انتقلت إليه الملكية فعلا بالميراث .

ثالثا - كذلك مادام الالتزام العيني لم يترتب إلا بسبب ملكية العين ، فإن المدين يستطيع أن يتخلص من التزامه بتركه العين أو التخلي عنها . ولو كان الالتزام التزاما شخصيا مترتبا في ذمته ، لما استطاع ذلك . وقد وردت نصوص صريحة تميز الترك أو التخلي (abandon, délaissement) ، فيتخلص المدين من الالتزام العيني في حالة مالك العقار المرتفق به وفي حالة الحائز للعقار المرهون . في الحالة الأولى رأينا المادة ٢/١٠٢٢ مدني تنص على ما يأتي : « فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المالك يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق » . وفي الحالة الثانية رأينا المادة ١٠٦٠ مدني تنص على أنه « يجوز للدائن المرهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن ... أو يتخلى عنه » .

بقى تكيف الالتزام العيني بخصائصه المتقدمة الذكر . هناك رأى يذهب إلى أنه التزام قائم بذاته ، وهو وسط ما بين الحق العيني والحق الشخصي ، وتجتمع فيه بعض خصائص هذا وبعض خصائص ذاك^(١) . ولكن الرأي الراجح هو أن الالتزام العيني ليس إلا امتدادا للحق العيني ، وليس التزاما قائما بذاته . فهو ينشأ بسبب حق عيني موجود ، ويستكمل به صاحب هذا الحق العيني - وهو في الوقت ذاته الدائن بالالتزام العيني - أسباب نفاذ حقه ، والتمتع بهذا الحق تمتعا كاملا . فالالتزام العيني إذن لا يعلو أن يكون استكمالاً لحق عيني ، وليس له كيان مستقل لالتزام شخصي ولا كحق عيني^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى De Juglart رسالة من بورجو سنة ١٩٣٧.

(٢) انظر في هذا المعنى Aberkane رسالة من الجزائر سنة ١٩٥٥ - مارك وريتو ٢

مجلد ٢ فقرة ٧ ص ١٥ .

المطلب الثاني

تقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار منقول

- ١٠١ - نص قانوني : تنص المادة ٨٣ مدني على ما يأتي :
- ١ - يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار ، بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .
- ٢ - ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية ^(١) .
- ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٦/٢ و ١٧/٣ ^(٢) .
- ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى . في التقنين المدني السوري المادة ١/٨٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٨٣ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل في قانون الملكية العقارية اللبناني المادة ٤ ^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١١٢ و ١/١١٤ من المشروع التمهيلي حل الوجه الآتي : م ١١٣ - يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار ، بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بعقار - م ١/١١٤ - يعتبر مالا منقولاً كل ما عدا ذلك من الحقوق المالية . وفي بنية المراجعة أضيف للنصان في مادة واحدة ، وعدلت عبارة « كل دعوى تتعلق بعقار » في المادة الأولى ، فأصبحت « كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار » . فصار النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٨٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣ (مجموعة الأعمال التفسيرية ١ ص ٤٧٠ - ص ٤٧١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٦/٢ : الأموال الثابتة هي الحائزة لصفة الاستقرار ، سواء كان ذلك من أصل خلقها أو بصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يمتريها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال .

م ١٧/٣ : ما عدا ذلك من الأموال يند منقولاً . والتعريف في القانون بلفظ أمتنة وأشياء منقولة وأموال منقولة يشمل بلا فرق جميع المنقولات .

(وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٨٥ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٤ : المقاربات غير المادية هي الحقوق والتأمينات والإرتفاقات

العينية ، وكذلك الدعاوى التي تتناول عقارا ماديا .

(وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري) .

ويتبين من هذا النص أن القانون يمد تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول من الأشياء المادية إلى الحقوق . والحقوق أشياء معنوية لا مادية ، وهى بهذا الوصف لا تقبل أن تكون عقارا أو منقولا . فالعقار هو الشيء المادى ذو المستقر الثابت بطبيعته كما سبق القول ، ولا يصدق هذا على الحق ، ولو كان هذا الحق هو حق الملكية الذى جرت العادة غلظه بالشيء المادى ذاته الذى يقع عليه . وكذلك الحقوق لا تكون منقولة ، ولو كانت حقوق ملكية على منقولات تحتل بها ، فلا يزال التمييز قائما بين حق الملكية وهو شيء معنوى ، والشيء الذى يقع عليه حق الملكية وهو شيء مادى . ولكن المشرع ، تبعاً لتقاليد قديمة ، قسم الحقوق المعنوية ذاتها إلى عقار ومنقول ، لا تبعاً لطبيعتها بل تبعاً لطبيعة المحل الذى تقع عليه ، ورتب على هذا التقسيم نتائج قانونية هامة .

وكان المشرع الفرنسى أسبق إلى تقسيم الحقوق إلى عقار ومنقول ، مراعيًا فى ذلك تقاليد القانون الفرنسى القديم الذى كان لا يتقيد كما قلنا فى التقسيم إلى عقار ومنقول بطبيعة الشيء بل بأهميته . ومع أن المشروع الفرنسى أغفل كثيراً من التباين الإقطاعية التى ألغتها الثورة الفرنسية ، إلا أنه مع ذلك لم يصل بالتبسيط إلى نهايته ، فترك ثغرات بقى فيها الفقه والقضاء غير مستقرين مدة طويلة . فنص فى المادة ٥٢٦ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يعتبر عقارا بحسب المحل الذى يقع عليه : حق الانتفاع بالأشياء العقارية — حقوق الارتفاق — الدعاوى التى ترمى إلى استرداد عقار . فجاء النص ناقصا مبتورا غامضا ، فهو لم يعدد كل الحقوق العقارية إذ أغفل حق الاستعمال وحق السكنى وحق الأمفيتوز ، ولم يبين ماذا يقصد بالدعاوى التى ترمى إلى استرداد عقار . ونص فى المادة ٥٢٩ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يعتبر منقولا بحكم تعيين القانون (ولم يستعمل التعبير الذى استعمله فى العقار » بحسب المحل الذى يقع عليه » لغرض ظاهرة) : الالتزامات والدعاوى التى محلها مبالغ من النقود مستحقة أو منقولات ، والأسهم والحصص فى الشركات المالية والتجارية والصناعية حتى لو كانت هناك عقارات تابعة لهذه المشروعات وتملكها هذه الشركات . وتعتبر الأسهم والحصص منقولات بالنسبة إلى الشريك وحده طالما كانت الشركة باقية — وتعتبر أيضاً منقولا بحكم تعيين القانون الإيرادات

الدائمة والإيرادات مدى الحياة ، سواء كانت مستحقة على الدولة أو على الأفراد . وهنا أيضاً لم يكن تعداد الحقوق المنقولة كاملاً ، فقد أغفل المصالح الحقوق الشخصية المتعاقبة بمقار ، كما أغفل المتاجر وضررها ما لم يكن قد وصل إلى تطوره الحالي وقت صدور التفتين الفرنسي . وإنما حتى هذا التفتين بالتركيز على ما كان هاما وقت صدوره ، فتناول الإيرادات الدائمة والموقته واعتبرها كلها منقولة على خلاف تقاليد القانون الفرنسي القديم ، وكذلك تناول الأسهم والحصص في الشركات التجارية وكانت وقت صدوره لاتزال في أول مراحل نشوئها .

أما التفتين المدنى المصرى ، وخاصة التفتين الجديد ، فقد وصل في التبسيط إلى نهايته ، ووضع قاعدة منطقية واضحة ، إذ اعتبر الحقوق العينية التى تقع على العقار عقارا ، ولم يرد بعد ذلك أن يخوض في تعداد المنقول خشية أن يفوت شيء منه ، فقال : « ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . ومن ثم يعتبر منقولا : (١) الحقوق العينية التى تقع على منقول . (٢) الحقوق الشخصية التى تتعلق بمنقول . (٣) الحقوق الشخصية التى تتعلق بمقار . (٤) أى حقوق شخصية أخرى يكون محلها عملا أو امتناعا عن عمل . وكذلك في الدعاوى اتبع نفس القاعدة البسيطة ، فالدعاوى بحقوق عقارية تكون عقارا ، والدعاوى بحقوق منقولة تكون منقولا (١) .

فنعرض لهذه القواعد المبسطة المنطقية التى أتى بها التفتين المصرى ، ولا يحسن الاعتداد كثيراً في هذا الشأن بالمصادر الفرنسية فقد بينا أنها أنت بحكم تقاليد القانون الفرنسى القديم معقدة غامضة . ومن ثم نستعرض الحقوق والدعاوى العقارية ، ثم الحقوق والدعاوى المنقولة .

§ ١ - الحقوق والدعاوى العقارية

١٠٣ - **الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقار :** وعلى رأس الحقوق العقارية تقوم الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقار . والعقار

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التشريعية

اللى تقع عليه الحقوق العينية الأصلية قد يكون عقاراً بطبيعته كما هو الغالب ، وقد يكون عقاراً بالتخصيص . فجميع الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقارات بالتخصيص تعتبر حقوقاً عقارية^(١) .

وأول الحقوق العينية الأصلية هو حق الملكية . والملكية حق ، أى شئ معنى لا شئ مادى ، ولكن التقاليد التى ترجع إلى عهد القانون الرومانى تخلط ما بين حق الملكية والشئ المادى الذى يقع عليه هذا الحق ، نظراً لأن الملكية هى أوسع حق عيى يمكن تصوره ، وهو يستغرق الشئ الذى هو عمله استغراقاً تاماً ، ومن ثم يختلط به فيصبحان شيئاً واحداً نتيجة لهذا الخلط^(٢) . ويخيل فى النظرة السطحية أن حق الملكية هو نفس الشئ المادى المملوك ، فيبدو أن حق الملكية نفسه هو شئ مادى أو هو ذات الشئ المادى الذى يقع عليه الحق . والصحيح أن حق الملكية ، كغيره من الحقوق العينية ، شئ معنى كما قدمنا ، ويجب تمييزه عن الشئ المادى الذى يقع عليه . وقد نهت الفقرة الأولى من المادة ٨٣ مدنى إلى ذلك ، فساوت بين حق الملكية وبين أى حق عيى آخر ، وقالت كما رأينا : « يعتبر مالا عقارياً كل حق عيى يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ... » . فحق الملكية إذن يكون حقاً عقارياً إذا وقع على عقار بطبيعته أو عقار بالتخصيص .

ثم تأتى الحقوق العينية الأصلية المنزوعة عن حق الملكية ، وهذه تكون أيضاً حقوقاً عقارية إذا وقعت على عقار . ومن هذه الحقوق ما لا يقع إلا على عقار فيكون حتماً من الحقوق العقارية ، وهذه هى حقوق الارتفاق وحق السكنى وحق الحكر . ومنها ما يقع على عقار أو منقول كما هو الأمر فى حق الملكية ، فإذا وقع على عقار كان حقاً عقارياً . وهذه هى حق الانتفاع وحق الاستعمال ، ما وقع منهما على عقار يكون حقاً عقارياً .

١٠٣ — الحقوق العينية التسيية التى تقع على عقار : كذلك يعتبر حقاً عقارياً كل حق عيى تبنى يقع على عقار بطبيعته أو عقار بالتخصيص . ومن هذه الحقوق أيضاً ما لا يقع إلا على عقار فيكون حتماً عقارياً ، وهذان هما

(١) بلانويل وريينر وبيكار ٣ فقرة ٩٣ ص ٩٥ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ٤٧٠ -

حق الرهن الرسمي^(١) وحق الاختصاص . ومنها ما يقع على عقار أو يقع على منقول ، فإذا وقع على عقار كان حقا عقاريا . وهذه هي حق رهن الحيازة وحقوق الامتياز .

ولا يمتنع على أن الحق العيني الطبيعي يكون حقا عقاريا إذا وقع على عقار بمقولة إن هذا الحق ضامن لحق شخصي منقول فهو تابع له ، ومن ثم يكون منقولا مثله . ذلك أن الفرع إذا كان يتبع الأصل ، فإنما يتبعه في نشوئه وانقضاءه ، ولا يتبعه في طبيعته . فقد يكون الأصل عقاراً ويكون التابع منقولا ، وبالعكس قد يكون الأصل منقولا ويكون التابع عقارا . وينبغي على أن الحق العيني الذي يقع على عقار يكون حقا عقاريا أن التنازل عن الرهن للرسمي يشترط لصحته أهلية التصرف في العقار ، ولا تكن أهلية التصرف في المنقول^(٢) .

١٠٤ — الدعاوى المتعلقة بحق ميني على عقار : وتعتبر أيضاً دعوى عقارية الدعوى المتعلقة بحق ميني على عقار ، وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١/٨٣ مدني ، كما رأينا ، في هذا الصدد : « يعتبر مالا عقاريا .. كل دعوى تتعلق بحق ميني على عقار » .

فالدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية الواقعة على عقار تكون دعاوى عقارية . وعلى ذلك تكون دعاوى عقارية دعوى حق الملكية على عقار أي دعوى الاحتقاق للعقار ، ودعاوى حقوق الارتفاق إيجاباً ونفياً (actions confessoires, négatoires) فكلها دعاوى عقارية لأن حقوق الارتفاق لا تقع إلا على عقار ، وكذلك دعوى السكنى ودعوى الحكم بدعويان عقاريتان إذ حق السكنى وحق الحكم لا يقعان إلا على عقار . وتعتبر دعوى عقارية دعوى حق الانتفاع ودعوى حق الاستعمال ، إذا كان الحق يقع على عقار . والدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية النشئة الواقعة على عقار تكون دعاوى عقارية . فدعوى الرهن الرسمي ودعوى حق الاختصاص المرفوعتان على حائز العقار بدعويان عقاريتان ، إذ لا يقع الرهن الرسمي وحق الاختصاص

(١) ويلاحظ أن حق الرهن الرسمي قد يقع على السفينة وهي منقول ، فيكون حقا منقولا .

(٢) أوبري ورو ٢ ص ٣١ هامش ٤ — محمد علي عرفة فقرة ٨٢ .

إلا على عقار . ودعوى رهن الحيازة ودعاوى حقوق الامتياز المرفوعة على حائز العقار تكون دعاوى عقارية ، إذا وقع حق الرهن الحيازي أو حق الامتياز على عقار .

وتعتبر دعاوى الحيازة — دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة ودعوى وقف الأعمال الجديدة — دعاوى عقارية ، لأنها تحمي حيازة العقار . ولذلك جعل الاختصاص فيها ، كما في سائر الدعاوى العقارية ، للمحكمة الكائن في دائرتها العقار .

١٠٥ — دعوى الشفعة : دعوى الشفعة هي الدعوى التي يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه . والمطالبة بحق الملكية على عقار تقوم على أسباب مختلفة ، فقد يطالب شخص بحق الملكية مستنداً إلى عقد أو إلى ميراث أو إلى وصية ، كذلك الشفيع يطالب بحق الملكية مستنداً إلى حق الأخذ بالشفعة . ومن ثم كانت دعوى الشفعة ، في رأينا ، دعوى عقارية .

وهناك رأى يذهب إلى عكس ذلك ويعتبر دعوى الشفعة دعوى منقولة ، فيقول الأستاذ محمد على عرفة في هذا المعنى : « فالشفيع يستند في طلب الشفعة إلى حق خاص خوله إياه القانون . وهذا الحق وإن يكن من طبيعة خاصة ، إلا أنه لا يمكن أن يقال بأنه حق عيني ، إذ لا سلطان للشفيع على العقار المشفوع فيه حتى يقضى بحقه في أخذه بالشفعة . وبذلك تستبعد دعوى الشفعة بطريق الاستقصاء من نطاق العقارات ، فتكون منقولة طبقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة ٨٣ (١) » .

والذي نراه أن الشفيع إنما يطالب بملكية العقار المشفوع فيه ، فهو لا يطالب بالشفعة وإلا كانت الشفعة حقاً مستقلاً عن حق الملكية . وقد كان اعتبار الشفعة حقاً هو الذي حير بعض الفقهاء ، ودفعهم إلى التساؤل هل الشفعة حق عيني أو حق شخصي . وقد بينا (٢) أن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي ، وإنما هي — كالعقد — سبب من أسباب كسب الملكية . وإذا كانت المناقشة لا تجوز في اعتبار العقد حقاً عينياً أو حقاً شخصياً ، كذلك لا تجوز المناقشة

(١) محمد على عرفة : ٩١ .

(٢) انظر الوسيط ١ مقرة ٣٣ في الماش .

في اعتبار الشفعة هذا أو ذاك . ومتى وضعنا المسألة هنا الوضع الصحيح ،
وقلنا إن الشفع إنما يطالب بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب
الملكية هو الشفعة ، تبين في وضوح أن الشفعة دعوى يطالب فيها المدعى
بملكية عقار ، فهي إذن دعوى عقارية .

ومن ثم ترفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع
فيه ، كما هو صريح نص المادة ٩٤٣ مدني . وقد قيل في لجنة مجلس الشيوخ ،
دفاعا عن استبقاء هذا الحكم بالرغم من أنه من أحكام قانون المرافعات ، إنه
أريد به دفع الشبهة فيما إذا كانت دعوى الشفعة تعتبر دعوى شخصية أو دعوى
عقارية^(١) . فهي إذن دعوى عقارية بصريح النص .

٢ - الحقوق والدعاوى المنقولة

١٠٦ - كل الحقوق والدعاوى التي ليست عقارية تكون منقولة :
وكل الحقوق والدعاوى التي لا تكون عقارية على الوجه الذي بسطناه فيما
تقدم تكون منقولة . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٣ مدني كما رأينا :
« ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . فالأصل إذن ، في
الحقوق والدعاوى ، أن تكون منقولة ، ما لم تكن حقوقا عينية واقعة على عقار
أو دعاوى تتعلق بحق عيني على عقار فتكون عقارية .

فتكون إذن منقولة الحقوق العينية التي تقع على منقول ، أما تلك التي
تقع على عقار فتعتبر عقارية كما سبق القول . وتكون كذلك منقولة جميع
الحقوق الشخصية ، أيما كان محلها ، منقولا كان أو عقارا أو عملا أو امتناعا
عن عمل . ويعتبر منقولا بوجه خاص الإيرادات المؤبدة والمؤقتة ، والأسهم
والحصص في الشركات ، والمناجر ، والحقوق المالية التي ترد على الأشياء
غير المادية .

وتعتبر الدعوى منقولة إذا لم تكن دعوى عقارية على الوجه الذي بسطناه
فيما تقدم ، فيدخل في الدعاوى المنقولة ، دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة
التوقيع ، ودعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، ودعوى الفسخ والإبطال والرجوع ،
ونستعرض الحقوق والدعاوى المنقولة على الترتيب المتقدم الذكر .

١٠٧ - الحقوق العينية التي تقع على منقول : تعتبر جميع الحقوق العينية التي تقع على منقول أموالا منقولة ، سواء كانت هذه الحقوق العينية أصلية أو تبعية ، وسواء كان المنقول منقولاً بطبيعته أو منقولاً بحسب المال . فالحقوق العينية الأصلية التي تقع على منقول ، فتعتبر منقولة ، هي أولاً حق الملكية . وحق الملكية يختلط بالمنقول ، كما رأينا مختلطاً بالعقار ، فيعيل في النظر السطحي أن حق الملكية على منقول هو المنقول ذاته . والصحيح أن حق الملكية غير الشيء المنقول ، فحق الملكية شيء معنوي في حين أن للمنقول محل الحق شيء مادي ، ومن ثم يعتبر حق الملكية على منقول حقاً أو مالا منقولاً ، لاشتياً منقولاً . وبعد حق الملكية تأتي الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنه والتي يمكن أن تقع على منقول ، وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال إذا وقعاً على منقول فيعتبران من الأموال المنقولة . أما حق السكنى وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، فقد رأينا أنها لا تقع إلا على عقار ، ومن ثم تكون هذه الحقوق دائماً أموالاً عقارية كما قلنا .

بقيت الحقوق العينية التبعية ، وهذه أيضاً تكون أموالاً منقولة إذا وقعت على منقول . فحق رهن الحياة وحقوق الامتياز تكون أموالاً منقولة إذا وقعت على منقول . أما حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص فهذان لا يقعان إلا على عقار ، ومن ثم لا يكونان إلا أموالاً عقارية كما سبق القول .

١٠٨ - الحقوق الشخصية أياً كان محلها : والحقوق الشخصية ، أياً كان محلها ، تعتبر أموالاً منقولة . والحق الشخصي يكون محله إما إعطاء شيء منقول أو عقار ، أو عملاً ويدخل فيه تسليم منقول أو عقار ، أو امتناعاً عن عمل .

وظاهر أن الحق الشخصي إذا كان محله إعطاء شيء منقول ، أي التزاماً بنقل ملكية منقول أو بنقل حق عيني عليه ، كالاتزام بنقل ملكية عشرة قناطر من القطن مثلاً ، فإنه يعتبر مالا منقولاً .

فإذا كان محل الحق الشخصي عقاراً ، كالاتزام بنقل ملكية عقار في بيع غير مسجل ، فإن الحق يكون حقاً شخصياً متعلقاً بعقار ، ويكون

مالاً منقولاً. والقانون الفرنسي على غير هذا الحكم ، فعنده أن الحق الشخصي المتعلق بعقار يكون مالا عقارياً . والسبب في ذلك عدم صراحة النصوص في التقنين المدني الفرنسي ، فالمادة ٥٢٦ مدني فرنسي تجعل للحق العيني الواقع على عقار مالا عقارياً ، والمادة ٥٢٩ مدني فرنسي تجعل الحق الشخصي المتعلق بمنقول مالا منقولاً ، وقد أغفلت هذه النصوص الحق الشخصي المتعلق بعقار فافتتح باب الاجتهاد فيه ، والرأي السائد هناك أنه مال عقاري^(١) . أما التقنين المدني المصري فنصوصه أكثر صراحة ، إذ هو قد اعتبر في المادة ١/٨٣ مدني الحق العيني الواقع على عقار مالا عقارياً ، واعتبر في المادة ٢/٨٣ مدني ما عدا ذلك من الحقوق — ويدخل فيها الحق الشخصي سواء تعلق بمنقول أو بعقار — مالا منقولاً^(٢). ويكثر في القانون المصري أن يوجد الحق الشخصي المتعلق بعقار ، وبغير مثال له الالتزام بنقل ملكية العقار المتولد عن عقد البيع غير المسجل . ففي هذا المثال يكون الالتزام مالا منقولاً دون شك ، وذلك بالرغم من أن الالتزام إذا نفذ بتسجيل عقد البيع فإن المشتري يؤول إليه حتى ملكية على عقار أي حتى عقاري^(٣) .

(١) بودي وشوفو فقرة ١٠٩ - ديولوب ٩ فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٧٦ - بلانويو وبيير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٩٦ .

(٢) محمد حل حرفة فقرة ٨٦ - وكان مقتضى أن يكون الحق الشخصي المتعلق بعقار مالا منقولاً أن تكون الدعوى المتعلقة بهذا الحق هي أيضاً دعوى منقولة لا دعوى عقارية ، فتكون إذن من اختصاص محكمة المني عليه لا من اختصاص محكمة العقار . ومع ذلك فإن المادة ٢/٥٦ « أضاعت نص على ما يأتي : « وفي الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المني عليه » . وكان الواجب أن تكون الدعوى ، وهي منقولة ، من اختصاص محكمة المني عليه وحدها (انظر في هذا المني محمد حل حرفة فقرة ٨٧) . ولكن فصوص تقنين المرافعات لم تنسق مع فصوص التقنين المدني ، فوقع هذا التناقض .

(٣) أما في فرنسا فينتز أن يوجد مثل حق شخصي يتعلق بعقار ، لأن البيع غير المسجل هناك ينتقل ملكية العقار للمعين بالذات في الحال فيما بين المتعاقدين ، فلا تكون هناك فترة من الوقت يقوم فيها الحق الشخصي المتعلق بالعقار حتى يقال إن هذا الحق الشخصي يعتبر مالا عقارياً وذلك قبل انتقال الملكية . فلا يبيح إلا أن نفترض أن التزاماً ينتقل ملكية عقار نشأ دون أن تنتقل الملكية في الحال، كما لو باع شخص ألف متر من أرض ذات مساحة أوسع . فلا تنتقل الملكية في هذه الحالة إلا بعد فرز الأرض للبيعة ، وقبل ذلك يقوم التزام ينتقل ملكية عقار دون أن تنتقل الملكية . ويكون هذا الالتزام في فرنسا مالا عقارياً ، أما في مصر فقد رأينا أنه يعتبر مالا منقولاً .

والحق الشخصي إذا كان محله تسليم شيء فإنه يكون مالا منقولاً ، حتى لو كان الشيء الواجب التسليم عقاراً ، ومن باب أولى لو كان هذا الشيء منقولاً . فالمستأجر لعقار أو لمقتول ، حقه الشخصي قبل المؤجر في تسليم العين المؤجرة يعتبر حقا منقولاً .

وإذا كان محل الحق الشخصي عملاً كان الحق منقولاً ، حتى لو كان مآل هذا العمل أن يخلص لصاحب الحق ملكية عقار . فالمقاول الذي يلتزم ببناء منزل قد التزم بعمل ، فيكون هذا الالتزام مالا منقولاً ، ولو أن تنفيذ الالتزام يؤدي إلى قيام منزل وهو عقار يخلص لملكه لرب العمل^(١) .

وإذا كان محل الحق الشخصي امتناعاً عن عمل ، كحق صاحب المتجر في عدم منافسة البائع له ، كان هذا الحق هو أيضاً منقولاً .

١٠٩ — مبررات المؤبدة المؤقتة : تقدم بحث الإيرادات المؤبدة أو للدخل الدائم في الجزء الخامس من الوسيط^(٢) . ورأينا أن الصورة الغالبة في الدخل الدائم هي ما تعقده الدولة من قروض داخلية ، فتعقد الدولة قرضاً في صورة سندات تصدرها متساوية في قيمها الاسمية . فيكتب المقرض في السند ، ويقرض للدولة القيمة الاسمية لهذا السند على أن يتقاضى منها دخلاً سنوياً هو الفائدة التي تحدده الدولة سعرها .

وسبق أيضاً أن بحثنا الإيراد المؤقت أو المرتب على الحياة في الجزء السابع من الوسيط^(٣) . ورأينا أنه يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتباً دورياً على الحياة بعوض أو بغير عوض ، ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية ، ورأينا كذلك أن المرتب على الحياة ، على خلاف المرتب الدائم ، لا يبقى إلا على حياة من رتب الإيراد على حياته ، فإذا مات هذا انقضى المرتب . وفي جميع الأحوال يكون المستحق للمرتب دائناً للملتزم بالمرتب بحق شخصي ، محله عادة مبلغ من النقود .

وهذه المسائل قد سبق بحثها بالتفصيل ، فلا نعيد بحثها هنا . وإنما أشرنا

(١) بلانويول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٤ ص ٩٧ .

(٢) فقرة ٢١٩ وما بعدها .

(٣) فقرة ٥١٦ وما بعدها .

إليها هذه الإشارة الموجزة لتقرر أن الحق الشخصي الثابت لصاحب الدخل الدائم ، أو التاب للمستحق للمرتب مدى الحياة ، إنما هو مال منقول ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق الشخصية .

وهذه المسألة على وضوحها لم تكن على هذا القدر من البساطة في القانون الفرنسي القديم ، فقد كان هذا القانون يعتبر الدخل الدائم مالا عقاريا لأهميته ، إذ كانت صفة العقار أو المنقول تتوقف في بعض الحالات على أهمية المال (١) . فأراد التقنين المدني الفرنسي أن يرد الأمور إلى وضعها الصحيح ، وأن يعتبر كل إيراد ، سواء كان دائما أو مرتبا مدى الحياة ، مالا منقولا . فنص صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة ٥٢٩ منه على أن « يعتبر أيضاً منقولا ، بحكم تعيين القانون ، الإيرادات الدائمة والإيرادات مدى الحياة ، سواء كانت مستحقة على الدولة أو على الأفراد » .

١١٠ - **الأسهم والحصص في الشركات** : نصيب الشريك في شركات الأموال (الشركات المساهمة وشركات التوضعية بالأسهم) يحسب بالأسهم (actions) ، أما نصيب الشريك في شركات الأشخاص (شركات التضامن وشركات التوضعية البسيطة والشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات المدنية) فيحسب بالحصص (intérêts) .

ولو لم تكن الشركة شخصا معنويا ، لكان مالها مملوكا مباشرة للشركاء ، ولكان للشريك حق ملكية في الشيوع على هذا المال بقدر نصيبه . ولكن يرتب على ذلك أن حق الملكية هذا وهو حق عيني إذا وقع على منقول للشركة يكون مالا منقولا ، أو وقع على عقار يكون مالا عقاريا . وتكون النتيجة للترتبة على ذلك أن الأسهم والحصص تكون أموالا منقولة أو أموالا عقارية بحسب طبيعة مال الشركة ، فإما وقع منها على منقول يكون منقولا ، وإما وقع منها على عقار يكون عقارا (٢) .

ولكن الشركات جميعا ، التجارية والمدنية ، لها شخصية معنوية مستقلة

(١) پلاتيول ودريير وبيكار ٣ فقرة ١١٣ .

(٢) وهذا هو الحكم في شركات الهامة ، إذ ليست هذه الشركات شخصية معنوية ، فيحسب مال الشركة ، عقارا كان أو منقولا ، علوكا مباشرة للشركاء .

عن شخصية الشركاء ، وهذه الشخصية من شأنها أن تغير من طبيعة الأسهم والحصص . ذلك أن مال الشركة لا يكون مملوكا للشركاء ، وإنما يملكه ذلك الشخص المعنوي الذي تتمثل فيه الشركة ، ويكون بالنسبة إلى الشركة عقارا أو منقولا بحسب طبيعته على التفصيل الذي يسطناه فيما تقدم . أما الشركاء فليس لهم حق ملكية على مال الشركة ، وإنما يملكون أسهما أو حصصا تمثل أنصبتهم في أرباح الشركة وفي خسائرها مادامت الشركة قائمة ، وتمثل أنصبتهم في مال الشركة بعد حلها وصيرورة هذا المال مملوكا مباشرة للشركاء . وهذه الأسهم والحصص ليست إلا حقوقا شخصية للشريك قبل الشركة ، ومادامت حقوقا شخصية فهي أموال منقولة ، حتى لو كانت أموال الشركة كلها أموالا عقارية .

ويرتب على أن السهم أو الحصة في الشركة هو حق شخصي منقول نتائج نذكر منها :

- ١ - أن صاحب السهم أو الحصة إذا تصرف فيه ، فإنما هو يتصرف في منقول لا في عقار . ويراعى ذلك في تحديد أهليته للتصرف ، أو في تحديد مدى ولايته إذا كان وليا على صاحب السهم أو الحصة .
- ٢ - تم هبة الأسهم والحصص بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية ، لأن الأسهم والحصص أموال منقولة لا أموال عقارية .
- ٣ - يستطيع الولي أن يشتري أسهما أو حصصا من شركات يكون فيها محجوره شريكا ، دون أن يعتبر متعاقدا مع محجوره بما يستتبع ذلك من إجراءات قررها القانون ، لأنه إنما يتعاقد مع الشركة لا مع المحجور .
- ٤ - الأسهم والحصص لا يحجز عليها حجز المقار ولو كانت أموال الشركة عقارا ، وإنما يحجز عليها حجز ما للمدين لدى الغير ، أو حجز المنقول إذا كانت لحاملها .

٥ - إذا أوصى شخص لشخص آخر بمنقولاته ، دخل في هذه المنقولات ما عسى أن يكون للموصى من أسهم وحصص في الشركات .

٦ - إذا كان في مال الشركة عقار ، لم يجز للشريك أن يرهنه رهنا رسميا كما لا يجوز لدائنه أن يأخذ عليه حق اختصاص . والشركة وحدها هي التي تستطيع رهن العقار ويستطيع دائنها أن يأخذ على العقار حق اختصاص ، لأن

العقار مملوك للشركة لا للشريك . وليس للشريك إلا حق شخصي منقول ، لا يجوز رهنه رهنا رسميا ولا يجوز أخذ حق اختصاص عليه (١) .

١١١ - المتاجر : يعتبر المتجر (fonds de commerce) مجموعة من المال (universalité) تشمل على عناصر مختلفة ، منها المادى كالبضائع والأثاث والمهمات ، ومنها غير المادى كالحق فى الإيجار وحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجارى والعلامة التجارية وبراءات الاختراع . ومجموع هذا كله ، ويشمل ملكيات غير مادية من صناعية وأدبية وفنية ، يمكن أن يطلق عليه الملكية التجارية .

وقد اعتبر الفقه والقضاء فى فرنسا ، قبل صدور قانونى أول مارس سنة ١٨٩٨ و١٧ مارس سنة ١٩٠٩ ، أن المتجر وحدة قائمة بذاتها ، مستقلة عن عناصرها المادية وغير المادية ، وتفى فيها هذه العناصر حتى ليصبح المتجر مالا ذاكيان مستقل ، وهو مال منقول غير مادى (٢) . فأجازا بيع المتجر فى مجموعه بما يشتمل عليه من عناصر ، كما أجازا رهنه على هذا النحو . ثم أتت تشريعات أول مارس سنة ١٨٩٨ و١٧ مارس سنة ١٩٠٩ تؤكد هذا المعنى .

وفى مصر صدر قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها ، وهو يميز كما فى فرنسا بيع المتجر ورهنه ، تيسيراً لللاثان التجارى والصناعى . وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون : « ولئن ساغ أن يخضع المحل التجارى لنفس الأحكام التى تسرى على الأموال المنقولة الأخرى قبل أن تبدل فى البلاد بوادر نهضتها التجارية والصناعية ، فإن الظروف المتصلة بهذه النهضة قد اقتضت تغيير أكلياً فى الفكرة المعروفة عن المحل التجارى ، حيث أصبح يعتبر مجموعة قانونية تشمل عدا المقومات المادية مقومات غير

(١) انظر فى هذه النتائج بودرى وشوشو فقرة ١٣٧ - فقرة ١٣٨ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١٥ .

(٢) ريبير فى القانون التجارى فقرة ٤٥٢ وما بعدها - إسكارا فى القانون التجارى فقرة ٢٤٩ وما بعدها - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٩ ص ١١١ - ص ١١٢ - نقض فرنسى ١٣ مارس سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٣٥١ - باريس ٧ أغسطس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٤٣٧ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ٢ - ١٩٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ٢٠ - ٩٧ .

مادية لها المكان الأول في المعاملات ، وهي العنوان والاسم التجارى والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنفاذج ، وما إلى ذلك من حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية المرتبطة بالحل . ولما كانت أحكام التشريع الحالية لا تساعد على نمو النهضة التجارية والصناعية ، وتقف حجر عثرة في سبيل التسليف الصناعى الذى يعتبر من أهم العوامل في نمو الصناعة ، بل هو من مقومات حياتها وازدهارها ، فقد روى ضرورة تعديل التشريع الحالى بما يكفل :

(١) تنظيم حق امتياز البائع ودعوى الفسخ المترتبة على عدم دفع الثمن صيانة لحقى البائع ، مع المحافظة على حقوق الدائنين الآخرين . (٢) إباحة رهن الحل وما يشتمل عليه من مهمات وآلات رهنا تأمينيا تبقى معه في حيازة صاحبا ، اقتداء بما سارت عليه الشرائع الأجنبية الحديثة (فرنسا - بلجيكا - اليونان) . ويرمى المشروع المرافق إلى تحقيق هذين الغرضين .

ونرى من ذلك أن المتجر في مصر ، كما هو في فرنسا ، يعتبر مجموعا يشتمل على عناصر مادية وعناصر غير مادية . ولما كان الحق هنا حقا عينيا يقع على مجموع من المال أى على شيء غير مادي ، فإنه يصبح مالا منقولاً . ذلك أن المال العقارى يجب أن يكون حقا عينيا يقع على عقار مادي ، وما عدا ذلك فهو منقول كما سبق القول . فالمتجر إذن يعتبر مالا منقولاً غير مادي .

وهو كمنقول غير مادي لا يخضع للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، لأن هذه القاعدة لا تخضع لها إلا المنقولات المادية . وهو أيضاً ، خلافاً للمنقولات المادية ، يمكن رهنه دون أن تنتقل حيازته من مالكه إلى الدائن المرتهن . وهذه الخاصية من أهم خصائصه ، ومن أجلها بوجه خاص وضع تشريع سنة ١٩٤٠ في مصر تيسيراً للائتمان التجارى والصناعى كما ورد في المذكرة التفسيرية على ما رأينا . ولكن المتجر ، كمنقول ، لا يجوز أن يقرر عليه حقوق أرتفاق ولا تقبل في شأنه دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، فكل هذا لا يجوز إلا في العقار^(١) .

هذا ومع أن المتجر مجموع من المال ، إلا أن هذا المجموع لا يتمتع

بالشخصية المعنوية . فهو في ملك صاحبه كجميع منقول غير مادي ، ولكنه لا يكون ذمة مالية مستقلة ، بل يخلط في عموم الذمة المالية لصاحب المتجر . ومن ثم فجميع الدائنين الشخصيين لصاحب المتجر التنفيذ على المتجر ، حتى لو لم يكونوا دائنين للمتجر بالذات (١) .

١١٢ - **الحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية** : سنعرض بالتفصيل للأشياء غير المادية والحقوق التي ترد عليها ، وعندئذ نكيف حتى المؤلف والفنان والمخترع ونحو ذلك لنرى أى نوع من الحقوق هو . وأيا كانت طبيعة هذا الحق ، فإنه في جميع الأحوال يقع على شيء غير مادي ، ومن ثم يكون مالا منقولاً ، شأنه في ذلك شأن المتجر فيما قدمناه . ذلك أنه حتى يكون عقاراً يجب أن يكون حقاً عينياً واقعاً على عقار ، وهو لا يقع على عقار بل على شيء غير مادي كما قلنا ، ومادام ليس عقاراً فهو إذن منقول (٢) .

ويؤيد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للبادة ٨٣ مدني ، فقد جاء فيها ما يأتي : « يعتبر مالا منقولاً جميع الحقوق والدعاوى العينية والشخصية المتعلقة بشيء منقول بما في ذلك حق ملكية المنقول ، والحقوق الشخصية المتعلقة بعقار ، والحقوق المتعلقة بشيء غير مادي أى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية وماشابهها » (٣) .

١١٣ - **الدعاوى المنقولة** - دعوى صحت التعاقد ودعوى صحت

التوقيع - دعوى تكتمل التهمة بسبب الضمن : أما الدعاوى المنقولة فهي الدعاوى غير المتعلقة بحق عيني على عقار ، ذلك أن الدعاوى المتعلقة بحق

(١) انظر في هذا المعنى ريبير في القانون التجاري فقرة ٤٥٢ - إسكارا في القانون التجاري فقرة ٢٥٠ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٠٨ من ١١٢ - وانظر مع ذلك في أن المتجر شخصية معنوية Valéry في حوليات القانون التجاري سنة ١٩٠٢ من ٢٠٩ - من ٣٠١ - Papp في الطبيعة القانونية للمتجر رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ - Crémieu في المتجر كجمعية قانونية في لة المتاجر سنة ١٩٣٥ من ٣١١ - تعليق شولفر في المتجر كلمة مالية بالتخصيص دالوز الأبوجي سنة ١٩٣٩ من ٩٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٠٩ من ١١٢ - محمد علي حرفة فقرة ١٠٤ من ١٢٢ .

(٣) مجموعة الأعمال للتضيق ١ من ٤٧٠ - من ٤٧١ .

عيني على عقار هي دعاوى عقارية كما قدمنا^(١) ، فكل ما عداها تكون دعاوى منقولة .

فالدعوى المتعلقة بحق عيني على منقول ، بما في ذلك حق الملكية ، تكون دعوى منقولة . وعلى ذلك تكون دعوى منقولة دعوى الاستحقاق للمنقول ، ودعاوى حق الانتفاع وحق الاستعمال إذا كان الحق يقع على منقول . كذلك تكون دعوى منقولة دعوى رهن الحيازة على المنقول ، ودعوى حق الامتياز على المنقول .

والدعوى المتعلقة بحق شخصي ، سواء تعلق الحق بعقار أو بمنقول ، تكون دعوى منقولة . وعلى ذلك تكون دعوى منقولة دعوى الالتزام الشخصي بنقل ملكية أو بنقل حق عيني ، سواء تعلق ذلك بمنقول أو بعقار ، ودعوى الالتزام بتسليم منقول أو بتسليم عقار ، ودعوى الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ومن أمثلة دعاوى الالتزام الشخصي بنقل ملكية عقار دعوى صحة التعاقد في بيع العقار ، فهذه تكون دعوى منقولة ولو أن البيع يقع على عقار . ذلك أن دعوى صحة التعاقد تقوم على الأساس القانوني الآتي : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاما بتمكين المشتري من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه عينا وتسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ العيني (م ٢١٠ ملئ) . فدعوى صحة التعاقد إذن هي دعوى يطلب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً حقيقياً في عقد بيع صحيح نافذ^(٢) . وإذا كانت دعوى صحة التعاقد دعوى منقولة ، فمن باب أولى تكون دعوى صحة التوقيع دعوى منقولة . ذلك أن المشتري في دعوى التوقيع يقتصر على المطالبة بأن يقر البائع بأن ورقة البيع العرفية هي إلمضاته أو بختمه أو ببصمة أصبعه^(٣) ، فهي ليست بدعوى حق عيني على عقار ،

(١) انظر ألفا فقرة ١٠٤ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٤٨٨ هامش ٢ - وقد نص قانون تنظيم الشهر العقاري (٢/١٥ م) على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » . ويترتب على تسجيلها « أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤشربه طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى » .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ ص ٤٩٧ .

ومن ثم تكون دعوى منقولة . ويترتب على ذلك أن كلا من دعوى صحة التناقد ودعوى صحة التوقيع تكون من اختصاص محكمة المدعى عليه ، لا من اختصاص محكمة العقار (١) .

وكذلك تعتبر دعوى منقولة دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، ولو أن المبيع يكون دائماً في هذه الدعوى عقاراً مملوكاً لغیر كامل الأهلية . ذلك أن البائع في هذه الدعوى إنما يطالب بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للمبيع ، فهو يطالب بمبلغ من النقود ، ودعاوى المطالبة بمبالغ من النقود تكون دائماً دعاوى منقولة (٢) .

١١٤ - دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع : في هذه الدعاوى لا يطالب المدعى بحق شخصي ولا بحق عيني ، وإنما هو يطالب بفسخ عقد كبيع عقار لم يدفع فيه الثمن ، أو بإبطال عقد يقع على عقار بسبب نقص الأهلية أو عيب في الرضاء ، أو بالرجوع في عقد كالرجوع في عقد هبة عقار حين يمكن الرجوع . وقد ورد في شأن هذه الدعاوى نص غامض في التقنين المدني الفرنسي ، يقضي بأن « الدعاوى التي ترمى إلى استرداد عقار (les actions qui tendent à revendiquer un immeuble) عقارية (م ٥٢٦ مدني فرنسي) . » ويفسر هذا النص في فرنسا بأن المقصود منه هو دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع في عقود واقعة على عقار (٣) .

أما في التقنين المدني المصري ، فهذه الدعاوى ليست دعاوى عقارية لأنها لا تتعلق بحق عيني واقع على عقار ، فلا مناص إذن من اعتبارها دعاوى

(١) هذا وقد ورد في الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ من ٤٩٠ هامش ٢ ما يأتي : « ودعوى صحة التناقد دعوى شخصية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التي يقع فيها العقار كالدعاوى العينية ، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه كالدعاوى الشخصية (م ٥٦/٢ مرافعات - استئناف مخطوط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨) » . وقد جربنا في هذا القول على حكمي تقنين المرافعات (م ٥٦/٢) وعلى حكم القضاء قبل صدور التقنين المدني الجديد . والصحيح أنه بعد صدور التقنين المدني الجديد ، وهو متعارض مع تقنين المرافعات كما قدمنا ، أصبحت دعوى صحة التناقد من اختصاص محكمة المدعى عليه وحدها دون محكمة العقار (انظر في هذا المعنى محمد حل عرفة فقرة ٨٨ ص ١١٠) .

(٢) محمد كامل مرسى ١ ص ٩٢ - محمد حل عرفة فقرة ٨٩ .

(٣) انظر پلانتيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥ ص ٩٨ - ص ٩٩ .

منقولة طبقاً لنص المادة ٢/٨٣ مدني^(١) . وإذا كان القضاء المصري قد تردد في عهد التقنين المدني القديم^(٢) . فلا مجال للتردد في ظل التقنين المدني الجديد، ففيه نص صريح يقضي بأن جميع الدعاوى التي لا يطالب فيها بحق عيني على عقار تكون دعاوى منقولة (م ٢/٨٣ مدني) .

المبحث الثاني

الحق العيني

المطلب الأول

خصائص الحق العيني

١١٥ - خصائص الحق العيني ترجع إلى أنه هذا الحق هو سلطة

مباشرة للشخص على شيء معين : قلنا أن الحق العيني هو سلطة مباشرة للشخص على شيء معين ، ومن هذا الوضع تستمد أهم خصائص الحق العيني :
١ - فلأن الحق العيني هو سلطة مباشرة للشخص على شيء معين ، كان محل الحق العيني هو البارز في حين أن المدين بالحق العيني يختفى .

٢ - ولأن الحق سلطة على الشيء ، أمكن لصاحبه التخلي عن الشيء إذا أراد التخلص من الالتزامات العينية الواجبة عليه بحكم ملكيته للشيء .

(١) انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة فقرة ٩٠ - وقارن محمد كامل حريس ١ ص ٩١ و ص ٩٢ .

(٢) فقد قضت محكمة استئناف مصر ، في عهد التقنين المدني القديم ، بأن الدعوى التي يطلب فيها فسخ عقد بيع أو الحكم ببقاء أن هي دعوى عينية شخصية يجوز رفعها أمام المحكمة التي في دائرتها للمعار المبيع (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٣ الهامة ٤ رقم ٩٢ ص ١٣٦) . وقضت محكمة استئناف أسبوط بأن الدعوى القائمة بطلان عقد بيع عقار ما وعو ما يترتب عليه من تسجيلات هي دعوى عينية يجب رفعها إلى المحكمة الكائنة في دائرة اختصاصها محل العقار المذكور (استئناف أسبوط ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ رقم ٤٣٣) . وقضت أيضاً بأن الطلب بطلان عقود البيع يستند إلى حقين ، أحدهما شخصي مستفاد من العقود المطلوب بطلانها ، والثاني عيني أساسه الحق العيني الذي يستردده رافع الدعوى كنتيجة لاختلال تلك العقود (استئناف أسبوط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٩ الهامة ٢٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٣٣) .

- ٣- ولأن الحق سلطة على الشيء ، أمكن أن تقوم الحيازة المادية في الحقوق العينية .
- ٤- وهذه السلطة على الشيء تمكن صاحب الحق العيني من تتبعه في أي مكان الشيء .
- ٥- وكذلك تمكن هذه السلطة صاحب الحق العيني من التقدم على غيره في الشيء محل الحق .
- ونستعرض تباعا هذه الخصائص الخمس ، وهي من أهم خصائص الحق العيني .

١١٦ - **محل الحق العيني هو البارز أما المبرع بالحق فيبقى** : سبق أن قررنا^(١) أن « المهم في الحق العيني ليس هو تعيين المدين ، إذ لا مدين في الحق العيني كما قلنا ، بل هو تعيين الشيء محل الحق إذ لا يمكن أن يترتب حق عيني إلا على شيء معين بالذات . أما المهم في الحق الشخصي فليس تعيين الشيء محل الحق إذ يجوز أن يتعلق الحق الشخصي بشيء غير معين إذا كان قابلا لتعيين ، وإنما المهم في الحق الشخصي هو تعيين المدين إذ لا يقوم حق شخصي إلا بمدين يترتب في ذمته الالتزام » . ولما كان تعيين المحل هو أمر جوهري في الحق العيني ، فإنه لا يتصور قيام حق عيني دون أن يتعين محله . ومن ثم لا يمكن أن نتصور مالكا لشيء مستقبل ، أو لشيء غير معين بالذات على أن يعين فيما بعد . وكل ما يمكن تصوره في هذا الصدد أن يكون الشخص دائنا - لا مالكا - بشيء مستقبل أو بشيء غير معين بالذات ، ففي الدائنية (أي في الحق الشخصي) لا يهم أن يكون المحل معين بالذات وإنما المهم أن يكون المدين هو المعين بالذات^(٢) ، وهذا على خلاف الحق العيني فيما قدمناه . كذلك يختلط الحق العيني بمحله المعين بالذات ، ويشاركه في قيامه كيانا مستقلا واجب الاحترام على الناس كافة ، فهو حق مطلق يحتاج به على الجميع (erga omnes) . وهذا بخلاف الحق الشخصي فهو حق نسبي إذ هو رابطة بين شخصين ، فلا يحتاج به في الأصل إلا على هذين الشخصين^(٣)

(١) انظر ألفا ققرة ٩٩ .

(٢) دلتويل وديكير وبيكار ٣ ققرة ٤٣ - كاربونيه ص ٣٦ .

(٣) كاربونيه ص ٣٦ -

١١٧ - **التخلي عن الشيء في الحق العيني** : وإذا أصبح صاحب الحق العيني ملتزماً بالالتزامات عينية بسبب هذا الحق العيني ، فإنه يستطيع التخلي (dégagement, délaissement) عن حقه فيتخلص بذلك من هذه الالتزامات العينية^(١) ، في حين أن هذه الالتزامات العينية لو كانت التزامات شخصية لم يكن يستطيع أن يتخلص منها حتى بالتخلي . ذلك أن الالتزام الشخصي رابطة فيما بين شخصين ، فالمدين لا يستطيع أن يتخلص من هذه الرابطة إلا برضاء الدائن ولو تخلى عن الشيء الذي يتعلق به الالتزام الشخصي . أما الحق العيني فسلطة للشخص على الشيء ، فيجوز لصاحب هذه السلطة أن يتخلى عنها بإرادته وحده ، ومتى تخلى عنها فقد زال سبب وجوب الالتزامات العينية ، ومن ثم يتخلص منها^(٢) كما سبق القول .

١١٨ - **الحيازة في الحق العيني** : والحق العيني قابل للحيازة المادية ، وبخاصة حق الملكية ، إذ يجوز صاحب الحق الشيء محل الحق حيازة مادية وتكون هذه الحيازة هي عنوان السطة القانونية التي يباشرها صاحب الحق على الشيء . ومن أجل ذلك أمكن أن يملك الشخص الحق العيني بالتقادم ، فإن هذا الحق قابل للحيازة المادية ، ففي انقضاء المدة اللازمة للتقادم كسب الحائز الحق . أما الحق الشخصي فهو رابطة ما بين شخصين ، فحيازته إذا أمكن تصورهما ، فإنها تتصور على نحو آخر غير النحو الذي تتصور عليه الحيازة المادية للحق العيني . ذلك أن حيازة الحق الشخصي إنما تكون لا بموجب حيازة مادية حقيقية ، بل بموجب أن يظهر الشخص مظهر صاحب الحق الشخصي فيستعمله كما لو كان هو صاحبه حقيقة . ومن ثم لا يملك الحق الشخصي بالتقادم ، فإن التقادم يقتضى حيازة مادية^(٣) .

(١) انظر آفا فقرة ١٠٠ .

(٢) بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦ .

(٣) انظر بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧ - وقد سبق لنا تحليل عدم إمكان كسب الحق الشخصي بالتقادم تحليلاً آخر في الجزء الأول من الوسيط ، قلنا : « ويلاحظ كذلك أن الحق العيني يكسب بالتقادم ، أما الحق الشخصي فلا . والسبب في ذلك لا يرجع إلى أن الحيازة ، وهي التي يستند إليها التقادم المكسب ، ترد على الحق العيني دون الحق الشخصي ، فالحيازة ترد على »

١١٩ — التمتع في الحق العيني : صاحب الحق العيني يتبعه ، ليس في يد المالك فحسب ، بل أيضاً في يد أى شخص آخر انتقلت إليه الملكية من المالك ، وهذا ما يسمى بحق التمتع (droit de suite)

ففيما يتعلق بالحقوق العينية الأصلية ، لا يتصور أن يقتنع حق الملكية في يد من انتقل إليه هذا الحق ، إلا إذا قيل إن حق التمتع يستعمل هنا إذا انتقلت حيازة الشيء ، لا ملكيته ، فعند ذلك يستعمل المالك حق تبعه تحت يد من انتقلت إليه الحيازة^(١) . ولكن استرداد المالك الشيء من تحت يد الحائز ليس في الواقع من الأمر استعمالاً لحق التمتع ، بل هو استعمال مباشر لحق الملكية ذاته في صورة دعوى الاستحقاق المألوفة . وإنما يظهر حق التمتع فيما عدا حق الملكية من الحقوق العينية الأصلية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . فإذا كان لشخص حق انتفاع أو حق ارتفاق ، فإنه يستطيع أن يستغل حقه العيني ، لا تحت يد مالك العين فحسب أى مالك الرقبة أو مالك العقار المرتفق به ، بل أيضاً تحت يد من تنتقل إليه ملكية العين من هذين . فيقتنع صاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق حقه تحت يد مشترى الرقبة في حالة حق الانتفاع ، أو تحت يد مشترى العقار المرتفق به في حالة حق الارتفاق .

ويظهر حق التمتع في وضوح أكبر في الحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الامتياز . فالدائن المرتهن أو ذو الحق الممتاز يستطيع أن ينفذ على العين المرهونة أو العين محل الامتياز ، ليس فحسب وهي تحت يد مالك العين ، بل أيضاً إذا انتقلت ملكية العين إلى مالك آخر وهي تحت يد المالك الجديد . فهو يقتنع العين تحت يد أى شخص انتقلت إليه ملكيتها ، في حين أنه لو كان دائناً عادياً لا رهن له ولا امتياز لما أمكنه أن يقتنع العين إذا خرجت من ملكية صاحبها ، إذ تكون بذلك قد خرجت من ملكية المدين ، أى خرجت من تلقاها العام للدائن .

مكمل من الحقين (قانون نظرية العقد المؤلف من ٧ وعاش رقم ١) . ونرى أنه لا يوجد سبب في تمنع من كسب الحق الشخصي بالتقادم . ولكن لما كان ذلك لا تتفق فائدته الصلبة إلا نادراً ، فقد أغفلته الصنعة القانونية . وهي لم تنقل في الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك ، كما نرى في نظرية الوارث الظاهر وفي الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته (الوسيط ١ طبعة أولى بقرة ٦ من ١٠٦ هاشم ١) .

(١) انظر في هذا المعنى كاربونيه من ٣٦ - ص ٤٧ .

١٢٠ - التفرغ في الحق العيني : وصاحب الحق العيني يتقدم أيضاً

بحقه على من عدها من أصحاب الحقوق العينية ممن هم أنزل منه مرتبة وعلى أصحاب الحقوق الشخصية إطلاقاً ، وهذا ما يسمى بحق التقدم (droit de préférence) . فإذا ما اشترى شخص من شخص آخر عينا وأعسر البائع ، فإن المشتري وهو مالك العين أى صاحب حق عيني عليها يستأثر بالعين وحده ويستردها ، متقدماً في ذلك على دائي البائع الشخصيين ممن ليس لهم حق عيني على العين المبيعة ، إذ خرجت العين بالبيع من ضمانهم العام^(١) . وإذا ترتب لشخص حق انتفاع على عقار مملوك لغيره ، وبعد تسجيل هذا الحق وتب مالك العقار حق انتفاع آخر أو حق ارتفاق على العقار ، فإن صاحب حق الانتفاع الأول يتقدم على صاحب حق الانتفاع الثاني أو على صاحب حق الارتفاق لأحدهما أنزل منه في المرتبة .

ويظهر حق التقدم ، كما يظهر حق التتبع ، في وضوح أكبر في الحقوق العينية التبعية . فالدائن المرتهن يتقدم ، في التنفيذ على العين المرهونة وهي في يد الراهن ، على أى دائن شخصي للراهن وعلى أى دائن ذى حق عيني تبعى (دائن مرتهن آخر أو دائن له حق امتياز) متأخر عنه في المرتبة . فإذا انتقلت العين المرهونة من ملكية راعها إلى ملكية شخص آخر ، وعليها عدة رهون متوالية ، فإن الدائن المرتهن الأول يستعمل أولاً حق التتبع للتنفيذ على العين وهي في يد المالك الجديد على النحو الذي قدمناه ، ثم يستعمل حق التقدم فيقتاضى حقه من العين المرهونة قبل الدائنين المرتهنين المتأخرين عنه في المرتبة .

(١) كاربوتيه ص ٣٧ - وقارن إسماعيل غانم في رسالته في ألزمة المالية ص ٩٦ - ص ٩٧ ويورد المثل الآتي في استعمال المالك لحق التقدم : يبيع العين غير مملوكة ، ويملكها المشتري إما بالتقدم أو بالتقسيط ، أو بالحيازة في المتقول ، أو يكون البائع هو الوارث الظاهر . فيتقدم المالك الحقيقي في هذه الأحوال على سائر دائني البائع في الثمن الذي يكون في ذمة المشتري (إسماعيل غانم في ألزمة المالية ص ٩٧) . وقد رد على ذلك بأن المالك هنا لا يباشر حق التقدم ، وإنما الثمن قد حل محل العين حلواً عنها ، وبذلك من أن يسترد المالك العين ذاتها يسترد الثمن الذي حل محلها .

المطلب الثاني

الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر
تقسيمها ومفردات كل قسم

١٢١ - مهمل في فرنسا فيما إذا كانت الحقوق العينية مذكورة

على سبيل المحصر: هناك خلاف في الرأي في فرنسا، فبعض الفقهاء يذهب إلى أن الحقوق العينية غير مذكورة على سبيل الحصر وأنه يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى غير التي ذكرها القانون بموجب اتفاق خاص، وبعض آخر يذهب إلى العكس من ذلك ويقول إن الحقوق العينية المبينة في القانون مذكورة على سبيل الحصر فلا يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى غيرها باتفاق خاص. ويلاحظ أن القائلين بأن الحقوق العينية غير مذكورة على سبيل الحصر يوردون على رأيهم هذا من التحفظات ما يجعل النتيجة العملية لهذا الرأي جده محدودة، فيفتربون كثيراً من الرأي القائل بأن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر.

١٢٢ - الرأي الأول في فرنسا - الحقوق العينية غير مذكورة

على سبيل المحصر: يذهب هذا الرأي إلى أن الحقوق العينية التي ذكرها القانون ليست هي كل الحقوق العينية الممكنة، بل إنه يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى باتفاقات خاصة، كما يمكن باتفاقات خاصة كذلك إدخال تعديلات على الحقوق العينية التي ذكرها القانون^(١). وكل هذا إنما يكون في حدود النظام العام والآداب، فلا يجوز بوجه خاص إعادة الحقوق العينية التي كانت سائدة في العهود الإقطاعية، فهذه قد قضت عليها الثورة الفرنسية إلى غير رجعة، والاتفاق على إعادةتها يعتبر مخالفاً للنظام العام^(٢).

(١) والفقهاء الإيطالي يذهب إلى هذا الرأي (Franchetti : Archivio giuridico vol. VII p. p. 201 - 232, 369 - 406)

(٢) ومن الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأي بودرى وشوشر فقرة ١٩٣ - بلامبول وبيرر وبسكار ٣ فقرة ٤٨ - بشكاز ٥ فقرة ٩٧ ص ١٧٧ وما بعدها - مارتق ورينو فقرة ٨ - حتى في لة التعليم المال البروجونية سنة ١٨٩٧ ص ١٨٤ - ربيير في استعمال حق الملكية رسالة من أكتوبر سنة ١٩٠٢ ص ١٧٨ - بيرسيرو وتالير في الإفلاس ١ ص ١١٤ .

على أن القائلين بهذا الرأي محدودون كثيراً من إطلاق رأيهم بما يملكون من مخفضات . فيذكرون أنه يتعذر الاتفاق على إنشاء حق عيني جديد يكون مستحدثا استحداثا تاما ، ولا صلة له بحق عيني معروف من قبل . ذلك أن الحق العيني من شأنه أن يحتاج به على الكافة ، فلا بد من شهره لتكون له هذه الحجية . فإذا كان الحق العيني مستحدثا استحداثا تاما ، تعذر شهره من الناحية العملية . لذلك لا يتوقع إنشاء حقوق عينية جديدة ، وكل ما يمكن وقوعه هو أن يدخل الاتفاق شيئا من التحويل على الحقوق العينية المعروفة ، فيتفق المتعاقدان على توسيع حق عيني معروف أو على تضييقه^(١) .

١٣٣ - الرأي الثاني في فرنسا - الحقوق العينية مذكورة على

سبيل المحصر : ويذهب هذا الرأي إلى أن الحقوق العينية عينها القانون ، ولا يمكن باتفاق خاص الزيادة عليها أو التعديل فيها^(٢) . وذلك لسببين : أولهما أن الحق العيني بطبيعته حجة على الناس كافة ، فلا يجوز أن ينشأ الاتفاق ، وهو بطبيعته مقصور الحجية على طرفيه ، حقا حينما يكون حجة على الكافة . والسبب الثاني أن الحقوق للعينية وعلى رأسها حق الملكية ، وكذلك تفريع حقوق عينية من حق الملكية ، سواء كانت حقوقا أصلية أو حقوقا تبعية ، كل هذا يعتبر من النظام العام إذ يقوم عليه الائتمان الاقتصادي القوي . فالقانون وحده هو الذي يحدد ذلك ، ويحدد للملكية مداها ، ويضع لها قيودها ، ويفرع منها ما يرى تفريعه من الحقوق العينية . ولا شأن لإرادة الأفراد في ذلك ،

(١) انظر في هذا المعنى بلاكول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٨ ص ٥٥ - ماري ورينو فقرة ٨ .

(٢) والفقه الألماني يذهب إلى هذا الرأي (Erdmann : Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1906 p. 47) . وتنص المادة ٢٠٥٢ من التقنين المدني الأرجنتيني صراحة على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل المحصر .

ولعل المشرع الفرنسي الحديث قد أراد حسم هذا الخلاف ، عندما أصدر قانون أول يونيو سنة ١٩٢٤ القاضي بمرمان التشريع المدني الفرنسي على الأئراس والوردين ، إذ قرر أن الحقوق العينية المقاربية هي وحدها التي ينص عليها القانون الفرنسي :

(Les seuls droits réels immobiliers sont ceux que prévoit la loi française)
انظر السهورى وحشت أبو سفيث في أصول القانون سنة ١٩٤١ فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٠ .

وإذا سيطر سلطان الإرادة في منطقة العقود والحقوق الشخصية ، ففي الحقوق العينية لا سلطان للإرادة ، ولا مجال للاتفاقات الخاصة بين الأفراد (١) .

١٢٤ - في مصر المجمع منفر على أنه الحقوق العينية مذكورة

على سبيل المصهر : أما في مصر فالتقه مجمع على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل المصهر ، فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حقوق أخرى غير التي ذكرها القانون (٢) . ويورد الفقه المصري الحجج الآتية للتدليل على صحة ما ذهب إليه :

أولاً - لمس المشرع المصري ، في التنتين المدني القديم ، العيوب التي تشوب نص التنتين المدني الفرنسي ، فأراد تلافيا . ومن ثم أكمل تعداد الحقوق العينية في نص المادة ١٩/٥ ، وصدر هذه المادة بعبارة توحي بأنه أراد أن يحسم الخلاف في هذا الشأن ، فقال : « تقبل الأموال أن يترتب عليها حقوق متنوعة بالنسبة للمتفعين بها . وهذه الحقوق هي : أولاً - حق الملكية . ثانياً - حق الانتفاع . ثالثاً - حق الارتفاق بعقار الغير . رابعاً - حق الامتياز وحق رهن العقار وحق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله أو بعضه لحصوله

(١) ومن الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأي : أوبري ورو وبارتان ٢ فقرة ١٧٢ ص ٧١ وهاش ١ (رابعا) - پلانول وريير وپولانييه ١ فقرة ٢٦٠٦ وفقرة ٣٧٨٨ - پوسران ١ فقرة ١٣٣٧ - بيدان وفواران فقرة ٧٠ - مازو ٢ فقرة ١٢٨٧ ص ١٠٥٣ .

(٢) نقول إن الفقه في مصر قد انشده إجماعه على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل المصهر . وقد تجاوزنا فيما قررناه من رأي ظل وحيداً في الفقه المصري ، هو رأي الأستاذ عبد المصطفى خيال ، إذ هو يذهب إلى أن الحقوق العينية كالحقوق الشخصية غير محصورة ، ويقول في هذا المعنى : « والذي نراه هو أن الحقوق العينية ليست محصورة في القانون ، وأنه يجوز للعائدين إنشاء حقوق عينية غير المذكورة فيه . وذلك أن الحق المسمى سلطة تصب مباشرة على مال . وقد تكون كاملة شاملة كحق الملكية ، وقد تكون محدودة أشيق من ذلك نطاقاً . وليس ثمة ما يمنع من نتيجة تلك السلطة الكاملة إلى غير الأنواع التي ذكرها القانون ونظامها ، لعدم مخالفة ذلك للنظام العام ولا لحسن الآداب . أما القول بأن الحق العيني يفرض التزاماً على الكافة باحترامه ، وأنه لا وجود لهذا الالتزام إلا في الصور التي ذكرها القانون ، فنقول مردود لأنه يستند إلى التصور الشخصي للحق العيني وهو تصور غير سليم . ثم إن القانون قد أوجب حماية حق الملكية ، والحقوق العينية الأخرى التي يمكن أن ينشأها الأفراد تكون حتماً متفرقة منه . والحماية المقررة لكل تنسب بداهة على كل جزء من أجزاء هذا الكل ، وهكذا تكون الحقوق القرعية واجبة الاحترام ... » (عبد المصطفى خيال في الأصول - لم يتم - رقم ٩٥ ص ٨٢ - ص ٨٣) .

على دينه وحق الحبس . ويقول الأستاذ محمد على عرفة تعقياً على ذلك :
« ويكفى - في اعتقادنا - مجرد النظرة العابرة في صياغة النصوص ، لنخرج
بنتيجة قاطعة هي أن الحقوق العينية قد وردت في تشريعنا على سبيل الحصر
لا على سبيل المثال . وبالرغم من أن المشرع لم يورد في التقنين الجليد نصاً
مقابلاً للمادتين ١٩/٥ من القانون المدني القديم ، فليس ثمة ما يدعو إلى الاعتقاد
بأنه أراد الخروج على الوضع القديم » (١) .

ثانياً - أن الحق العيني ، خلافاً للحق الشخصي ، يحتاج به على الكافة
ولا يقتصر أثره على طرفي التعاقد . ولا يمكن إخضاع الكافة لاتفاق ينشئ
حقاً عينياً لم ينص عليه القانون ، لأن هذا الاتفاق بطبيعته لا ينتج أثره لبالنسبة
إلى طرفيه (٢) .

ويأخذ بعض الفقهاء على هذه الحجة أن الحق الشخصي كالحق العيني فيما
يتعلق بالاحتجاج به على الغير ، إذ يوجد في مقابل كل منهما واجب على الكافة
باحترام الحق ، ولم يقل أحد إن إمكان الاحتجاج بالحق الشخصي على الكافة
من شأنه أن يمنع الأفراد من الاتفاق على ما يشاؤون من حقوق شخصية (٣)

(١) محمد على عرفة فقرة ١٨ ص ٣٠ - ص ٣١ .

(٢) شفيق شحاتة فقرة ١٦ ص ٣٠ - ويقول رداً على الأستاذ عبد المصطفى غيال فيما سبق
أن أوردناه عنه : « وقد قالوا أخيراً إن هذه الحقوق العينية يمكن الاحتجاج بها على الغير لأنها
متفرقة من حق الملكية ، والغير مطالب أصلاً باحترام حق الملكية ، فلأن مطالب احترام الحقوق
المتفرقة عنه أول . وفي هذا الاستدلال مغالطة يجب الكشف عنها . إن الذي يطلب من الكافة هو
احترام حق الملكية الذي يكون مقررًا لشخص معين على صورته الكاملة . وإذا ما اقتلع جزء من
هذا الحق لمصلحة شخص آخر ، وجب أن يتخذ هذا الاقتطاع صورة من الصور التي رسمها القانون .
وذلك لأن الأجزاء المقصولة ، متى أصبحت حقوقاً مستقلة ، تكون هي الأخرى نافذة في حق الكافة
ومقررة لأفراد معينين . ولن يطلب بعد ذلك من الكافة احترام حق الملكية إلا على هذه الصورة
الهزأة ، وباعتباره حقاً ممتوراً لاحقاً كاملاً . وإذا كان الأمر كذلك ، فكيف يقال إن الناس
يؤثرون باحترام الحقوق المتفرقة من حق الملكية ولو لم تكن متفرقة مع أحكام القانون مجرد أنها
أجزاء من حق الملكية الواجب احترامه ! إن احترام حق الملكية في هذه الصورة لا يقتضي منهم
سوى عدم الاعتراض بالحقوق التي تولدت عنه ولم تكن نافذة في حقهم . هم مكلفون في هذه الصورة
باعتبار حق الملكية باقياً على ذمة المالك ، ولا يمكن في مواجهتهم الاحتجاج بالحقوق المتفرقة عنه
لأنهم لم تصب في القالب القانوني الموضوع لها » (شفيق شحاتة فقرة ١٦ ص ٣١ - ص ٣٢) .

(٣) منصور مصطفى منصور في نظرية الحق ص ٦٤ - إسحاق غانم في النظرية العامة للحق
ص ٤٨ - جميل الشرقاوي في نظرية الحق ص ٤٥ .

ولكن هذا الاعتراض غير محاسم . فاصحاب الحجة المتقدمة لا يكتفون في إيراد حججهم بالقول إن الحق العيني يحتاج به على الكافة ، بل هم يضيفون إلى ذلك — وهذا هو الأهم — أن الاتفاق بطبيعته لا ينتج أثره إلا بالنسبة إلى طرفيه . فالإتفاق على إنشاء حق شخصي ، إذا اقتصر أثره على الدائن والمدين ، فلاضير من ذلك فإن الحق الشخصي رابطة شخصية ما بين الطرفين ، فإذا لم تكن هذه الرابطة نافذة في حق الغير فليس على الغير احترامها . أما الاتفاق على إنشاء حق عيني جديد غير الحقوق التي ذكرها القانون ، فإنه اتفاق مقصور أثره على طرفي الاتفاق ، ومع ذلك يراد به أن ينشئ حقاً يمتد أثره إلى الكافة سواء علمه الناس أو جهلوه . وإذا قيل إن الناس يفترض علمهم بالحق العيني إذ أن الاتفاق الذي أنشأ هذا الحق لابد من تسجيله أو من قيده ، أمكنت الإجابة على ذلك بأن التسجيل أو القيد لا يرد إلا على الحقوق العينية الأصلية أو التبعية التي عرفها القانون وحددها .

ثالثاً — أن ترتيب الحقوق العينية الأصلية والتبعية وتعيين آثارها أمر يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يكون الاتفاق على ترتيب حقوق عينية جديدة مخالفاً للنظام العام فلا يجوز . ذلك أنه بالنسبة إلى الحقوق الأصلية ، يعتبر الحق العيني المنفرد عن الملكية اقتطاعاً لبعض سلطات المالك وتقريرها لشخص آخر ، وتجزئة السلطات على الشيء بين عدة أشخاص ليست من الأمور المرغوب فيها اقتصادياً إذ هي تؤدي إلى سوء استغلال الثروة . أما بالنسبة إلى الحقوق التبعية ، ويعتينا منها الرهن بنوعيه فهو الذي ينشأ بالاتفاق ، فهذا قد وضع له المشرع قواعد للتوفيق بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة الراهن ومصلحة الغير ، وكلها قيود تتعلق بالنظام العام ، إذ هي تمس الائتمان وهو دعامة النظام الاقتصادي^(١) ، فيكون الاتفاق على إنشاء حق عيني تبعية دون مراعاة

(١) ويقول الأستاذ إسماعيل غانم في هذا الصدد : « فبالنسبة للحقوق الأصلية ، إن إنشاء حق عيني لم ينص عليه المشرع يعني اقتطاع بعض سلطات المالك وتقريرها لشخص آخر على وجه يختلف عما تضمنته الحقوق العينية المنفردة عن حق الملكية التي عني المشرع بالنص عليها . وتجزئة السلطات على الشيء بين عدة أشخاص ليست من الأمور المرغوب فيها اقتصادياً ، إذ هي تؤدي إلى إساءة استغلال الثروات . ولذلك فرى المشرع قد نظم الحقوق العينية المنفردة عن الملكية تنظيها من شأنه أن يقلل من هذا الخطر ... والاتفاق على إنشاء حق عيني جديد يؤدي إلى توزيع السلطات »

هذه القيود اتفاقا باطلا لخالفته للنظام العام^(١).

والحق أن المشرع ، عندما نظم الحقوق العينية ، إنما نظمها حقا حقا ، وأحصاها لإحصاء استقصاء لا إحصاء تمثيل . فهو قد اقتطع أولا من حق الملكية سائر الحقوق الأصلية المضرة عنه ، وقدها على القالب الذي أراده ورآه متصفا مع المصلحة العامة . فبدأ بحق الانتفاع ، وهو أوسع الحقوق العينية الأصلية بعد الملكية ، إذ جعل للمستمتع جميع حقوق المالك فيما عدا الرقبة ، ولكنه أراد تقييد هذا الحق حتى لا يخلط بالملكية ، فجعله موقوتا حتما بحياة المستمتع ، فإذا مات هذا رجع حق الانتفاع إلى مالك الرقبة والتأمت الملكية بجزئها كما كانت من قبل . ثم عمد إلى حق الانتفاع هذا ، فضيق فيه على إحدى صورتين . الصورة الأولى هي حق الاستعمال ، وهو حق الانتفاع منقوصا منه حق التصرف في الحق ، فلا يجوز لصاحب حق الاستعمال أن يستعمل الحق إلا بنفسه ، ولا يصح أن ينزل عنه للغير . والصورة الثانية هي حق السكنى ، وجعله كحق الاستعمال لا يجوز النزول عنه ، وزاد في التضييق بأن جعل حق السكنى مقصورا على عقار صالح للسكنى كما يستفاد من الاسم نفسه . ووقف المشرع عند ذلك فلم يجوز أن يقتطع من حق الملكية ، باتفاق خاص بين

== على الشيء على وجه يختلف عن الوجه الذي ارتضاه المشرع ، وهو بهذا الوصف اتفاق باطل لخالفته للنظام العام - أما الحقوق العينية النجبة ، فلا يمننا منها هنا ، ونحن نضد بيان مدى حرية الأفراد في الاتفاق على إنشاء حقوق عينية لم ينص عليها القانون ، إلا حق الرهن بنوعه ، فهو وحده الذي ينشأ بالاتفاق . وقد رأينا أن المشرع قد وضع عدة قواعد لتنظيمه ترمي إلى التوفيق بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة الراهن ومصلحة الغير وكلها تضع قيودا وشروطا متعلقة بالنظام العام ، إذ هي تمس الاتيان وهو دعامة النظام الاقتصادي القائم . ولذلك فإن الاتفاق على إنشاء حق متى تبنى دون مراعاة هذه القيود أو الشروط اتفاق باطل ، لخالفته للنظام العام » (إسحاق غانم في النظرية العامة للحق ص ٤٨ - ص ٤٩) .

(١) انظر في الفقه المصري وهو يقول بأن الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر : السهري وحشت أبو ستيت في أصول القانون سنة ١٩٤١ فقرة ٢٨٤ - محمد على عرفة فقرة ١٦ - فقرة ٢١ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٩٦ - شفيق شحاتة فقرة ١٦ - عبد المنعم البداوي فقرة ٤ - حسن كيرة فقرة ١٥ ص ٤٨ - ص ٥٠ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤ - سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩٥ - إسحاق غانم في النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ٤٧ - ص ٥٠ - منصور مصطفى منصور في المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٦٢ ص ٦٣ - ص ٦٦ - عبد الحى حجازي في نظرية الحق ص ٦٩ - ص ٧٠ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٦ - أحمد سلامة في نظرية الحق ص ٣١٥ .

الأفراد ، حق انتفاع بالشيء دون أن يكون هذا الحق حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى . ولو فعل ، لتعددت حقوق الانتفاع بالشيء إلى غير حصر ، وليس هذا في مصلحة نظام الملكية واستقرارها . ثم أورد المشرع حق الحكر ، وقال : استقاه من الفقه الإسلامى ، وصاغه بحسب قواعده . وهو حق عيني معروف في مصر منذ القديم ، مارسته الناس في معاملاتهم فأصبح مألوفا . ومع ذلك فقد ضيق المشرع منه بقدر الاستطاعة ، وقصره من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد على الأراضى الموقوفة (م ١٠١٢ مدنى) . فلم يعد من الممكن ، باتفاق خاص ، بعد العمل بالتقنين الجديد ، إنشاء حق حكر على أرض غير موقوفة ، وهذا قاطع في أن الحقوق العينية إنما وردت على سبيل الحصر . وقد كان مشروع التقنين المدنى الجديد ينظم حقا عينيا آخر قريبا من حق الحكر ، هو حق القرار (١) . وقد رأت لجنة مجلس الشيوخ ، وأقرها البرلمان على ما رأته ، أن تحذف حق القرار هذا (٢) . أرأيت ، بعد أن حذفت حق القرار من المشروع ، لو أن الأفراد أردوا أن ينشئوه باتفاقاتهم الخاصة ، أيجوز لهم ذلك ؟ لاشك في أن هذا لا يجوز (٣) ، وهذا دليل آخر قاطع في أن الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر ، ولا يجوز باتفاق

(١) وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى ، تبريرا لاستحداث هذا الحق ، ما يأتى : « استحدث المشروع حق القرار لمواجهة حالة خاصة ، فقد يحتاج شخص للانتفاع بأرض مدة طويلة ، يبنى فيها أو يفرس ، ولا يكفيه في ذلك أن يستأجر الأرض فإن حق المستأجر لا يكفل له القدرة الكافية من الاستقرار . ولا يريد صاحب الأرض أن يحكرها ، فإن الحكر تصرف خطير لا يبرره إلا أن الأرض مغرية والحكر هو الوسيلة إلى استصلاحها . فيختار الطرفان عقد القرار ليكون وسطا بين الإيجار والحكر ، وليترتب المنتفع بالأرض حق عيني لمدة طويلة » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٥٦٠ هامش ١) .

(٢) وجاء في محضر لجنة لمس الشيوخ في هذا الصدد ما يأتى : « تليت المواد الخاصة بحق القرار فاعترض عليها ، ورؤى أن حق القرار حق جديد على المصريين ، ولا يوجد ما يبرره في البيئة المصرية ، ويبنى على حق الحكر والإيجار ... وبعد مناقشة رؤى حذف المواد الخاصة بحق القرار ، تقاديا من وضع أحكام مختلفة لصور متقاربة ، ولأن نظام الحكر في مصر يواجه بعض الحاجة والإجارة الطويلة بما تتضمنه من شروط تواجه الباقي . وإذا وجدت بعض مصلحة فهو يسيرة ، لا تتطلب استبقاء أحكام هذا الحق » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٥٦٠ هامش ١) .

(٣) قانون سليمان مرقس في المدخل للمعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٥ ص ٢٩٥

خاص إنشاء حق عيني جديد . وتأتى بعد ذلك حقوق الارتفاق . وقد قضت المادة ١٠١٩ مدني بأن « تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها . . » ، فأعطى القانون للاتفاق ما بين الأفراد هنا مجالا واسعا في تقرير حقوق الارتفاق وفي تحديد القواعد التي تخضع لها هذه الحقوق . ولعل هذا الباب هو أوسع باب تدخل منه الاتفاقات الخاصة على الحقوق العينية ، إذ يستطيع إنشاء حقوق ارتفاق متنوعة غير محصورة بموجب اتفاق خاص . ومع ذلك فإن إنشاء حقوق ارتفاق بموجب اتفاقات خاصة خاضع دائما للقواعد الأساسية التي تحكم حقوق الارتفاق ، ولا يجوز باتفاق خاص مخالفة هذه القواعد . وأول هذه القواعد أن حق الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر (م ١/١٠١٥ مدني) ، فلا يجوز إذن أن يقرر حق ارتفاق لمصلحة شخص لا لمصلحة عقار ، وإلا كان هذا حق انتفاع ووجب خضوعه لقواعد حق الانتفاع ، وأهمها أن يكون حقا موقوتا حتما بحياة المنتفع . ومن القواعد الأساسية في حقوق الارتفاق أن « المالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محددة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (م ١٠٢٩ مدني) .

وكذلك فعل المشرع في الحقوق العينية التبعية ، فهذه أيضاً نظمها وحصرها في حقوق معينة لا تجوز الزيادة عليها باتفاق خاص . فحق الاختصاص إنما يكون بحكم قضائي لا باتفاق ، وحقوق الامتياز إنما تنشأ نصوص قانونية ولا يجوز إنشاؤها باتفاق . يبقى الرهن الرسمي ورهن الحيازة ، وهذان ينشآن باتفاق خاص ، ولكن على النحو الذي حدده القانون وبموجب القواعد التي وضعها لذلك . وكل هذا يعتبر من النظام العام ، لأنه ينظم الائتمان الاقتصادي ، فإذا حرم القانون مثلا أن يرد رهن الحيازة على عقار وقصر هذا الحق على المنقول ، لم يجوز باتفاق خاص ترتيب رهن حيازة على العقار . وهذا دليل قاطع في أن الحقوق العينية التبعية إنما وردت على سبيل الحصر ، فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حق جديد . وقد حرم القانون فعلا بيع الوفاء ، لأنه العادة يستر رهنا ويخالف في الوقت ذاته أحكام الرهن ، فلا يجوز باتفاق

خاص العودة إلى بيع فاء ، وكل اتفاق على بيع وفائي يكون باطلا لمخالفته للنظام العام^(١) .

ومن ذلك يتبين في وضوح أن الحقوق العينية — أصلية كانت أو تبعية — قد ذكرها القانون على سبيل الحصر . فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حق عيني جديد ، ولا التعديل من أحكام الحقوق العينية الموجودة إذ أن هذه الأحكام تعتبر من النظام العام .

١٢٥ — تقسيم الحقوق العينية إلى أصلية وتبعية ومفردات كل قسم :
ولما كانت الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر على النحو الذي قدمناه ، لم يبق إذن إلا تعداد هذه الحقوق حقا حقا . وقبل ذلك نقسمها قسمين :
حقوقا عينية أصلية وحقوقا عينية تبعية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا التقسيم :
« جمع المشروع في القسم الثانى منه الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، ثم قسمها بين كتابين ، للأصلية كتاب وللتبعية كتاب آخر ، لأن لكل من هذين النوعين من الحقوق مميزات خاصة . فالحقوق الأصلية قائمة بذاتها لا تحتاج في قيامها إلى شخص آخر تستند إليه ، وهى حقوق يقلب فيها اللوام ، بل إن حق الملكية وهو الحق الذى تنفرع عنه كل الحقوق الأصلية هو حق دائم لا يزول . أما الحقوق التبعية فلا تقوم بذاتها ، بل تستند في قيامها إلى حق شخصي تضمن وفاءه ، ومن أجل هذا دُعيت بالتأمينات العينية . وهى حقوق مؤقتة تزول بزوال الدين الذى تكفله ، والديون لا يجوز تأييدها . وتتميز الحقوق التبعية أخيراً بأنها تخول صاحبها التقدم والتبعية ، وهذان لا يظهران في الحقوق الأصلية . بالوضوح الذى نراه في الحقوق التبعية . على أن صفة العينية هى التى تجمع بين الحقوق الأصلية والحقوق التبعية . فهذه الحقوق جميعا تشترك في معنى واحد ، هو أن كل حق منها إذا حُلل تكشف عن سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شئ معين . وقد فصل التقنين الحالى (الإقليم) ما بين الحقوق الأصلية ، فجعلها في الكتاب الأول بعد أن ضم لها تقسيم الأموال ، والحقوق

(١) وبعد أن جعل التقنين الملك الحديد الحق في الحبس دسما ، وكان سقاً عينا في التقنين الملك القديم ، لا يجوز باتفاق خاص إصطاء صفة للعينية لهذا النوع .

التبعية ، فجعلها في الكتاب الأخير بعنوان حقوق الدائنين بعد أن فصل عنها
وهي الحيازة (١١) .

ومفردات الحقوق العينية الأصلية هي أولاً حق الملكية ، وهو الأصل .
وهو تنفرع سائر الحقوق العينية الأصلية ، بل تنفرع عنه أيضاً جميع الحقوق
العينية التبعية . وينفرع عن حق الملكية حقوق عينية أصلية خمسة : حق الانتفاع ،
وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر^(٢) .

أما مفردات الحقوق العينية التبعية - أو التأمينات العينية - فهي حق الرهن الرسمي ، وحق الاختصاص ، وحق رهن الحيازة ، وحقوق الامتياز . وقد وزعنا الحقوق العينية على الأجزاء الثلاثة الباقية من الوسيط . فخصصنا الجزئين الثامن والتاسع للحقوق العينية الأصلية : أفردنا هذا الجزء الثامن لحق الملكية ، ومنفرد الجزء التاسع لأبواب كسب الملكية والحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية . بقيت الحقوق العينية التبعية ومعها عقد الكفالة ، أي التأمينات الشخصية والعينة ، ومنخصص لها الجزء العاشر .

الفرع الثاني

النمة المالية والحلول العينية

١٣٦ - معنى الزمة المالية والحلول الضريبي: اللغة المالية هي ما للشخص وما عليه من أموال وديون منظورا إليها كلها كمجموع . وتشمل الأموال جميع الحقوق المالية ، ويدخل في ذلك الحقوق العينية والحقوق الشخصية التي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣ .

(٢) ويضاف إلى هذه الحقوق البينية الخمسة المذكورة في التفتينين الذي الحقوقي الثلاثة الآتية : ١ - حق المستحق في الوقت ، فهو حق عيني غير الحق الشخصي الذي له في تناقض الفلته من الناظر (انظر في هذا المعنى استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٣٦ في الهامزة ١٦ رقم ٣٣٧ ص ٧١٦) . ويرون ، مباحث اشرية الإسلامية ، وقد أُلقي على كل حال فيها هذا الوقت اشرى - ٢ - الحق الذي يرد على الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف وحق المتخرج ، وقد تناوكت تشريعات ، خاصة منحها فيما على - ٣ - حق استغلال الختام والمخرج ، ومنحه فيما على . وانظر في الحقوق البينية الأصلية وتبويبها في التفتينين الذي التقديم ويوجب هذا التوبيخ = المذكورة الايضاحية لمشروع التفتين في مجموعة الأعمال التفتينية ص ٦ ص ٤ .

بسطناها فيما تقدم ، والحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية التي منبسطها فيما يلي . فاللزمة المالية تتصل إذن اتصالاً وثيقاً بالحقوق العينية والحقوق الشخصية التي سبق تفصيل القول فيها ، إذ هي تنتظم في مجموع واحد كل هذه الحقوق ، بل تنتظم أيضاً كما قلنا الحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية وهي ما يدعى عادة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية . وتتصل باللزمة المالية فكرة الحلول العيني . والحلول العيني معناه إجمالاً أن يخل مال محل مال آخر في النظام القانوني الذي يخضع له هذا المال الآخر . ويرجع ذلك ، في غير الأحوال التي نص عليها القانون أو الاتفاق ، إلى الفكرتين اللتين تقوم عليهما اللزمة المالية فيما سئرى ، وهما فكرة مجموع المال وفكرة تخصيص المال لغرض معين . ومن هنا أمكن أن تتصل نظرية الحلول العيني بنظرية اللزمة المالية ، وقد عالج أوبرى ورو النظريتين معاً في مكان واحد ، وتبعهما الفقه الفرنسي في ذلك^(١) . ونستعرض كلا من النظريتين .

المبحث الأول

اللزمة المالية (*)

(Le patrimoine)

١٢٧ - النظرية التقليدية وقدمها : وضع النظرية التقليدية في اللزمة

(١) ينتقد بعض الفقهاء ربط نظرية الحلول العيني بنظرية اللزمة المالية (حسن كبيرة فقرة ٤١) ، ولكن أي - كان آخر لنظرية الحلول العيني هو أيضاً محل للنظر . ومهما يكن من أمر فإن الاتصال ما بين نظرية اللزمة المالية ونظرية الحلول العيني ، عن طريق تكرر المجموع من المال والتخصص ، يشفع في التسلك بالترتيب للتقليدي .

(٥) مراجع : أوبرى ورو وإسبان ٩ فقرة ٥٧٣ - فقرة ٥٨٣ - بيدان وفيه إران ٤ ص ١٢ - ص ٤٤ - بلانيرول وريبيروبيكار ٣ فقرة ١٥ - فقرة ٣٥ - كاريونيه ص ١ - ص ٩ . رسائل وأبحاث : Jallu رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ - Platiere رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ - Cazelles رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ - Gazein رسالة من دييجون سنة ١٩١٠ - Rimpler رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Liborde-Lacoste رسالة من بورجو سنة ١٩١٦ - Gory رسالة من بورجو سنة ١٩٣١ - Merovach في المجلة للفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٨١١ وما بعدها - إسحاقيل فام رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (طبعت في سنة ١٩٥٧) .

المالية الفقيهان المعروفان أوبرى ورو ، وقد وضعها نظرية مجردة (abstraite) قامت على المنطق المحض . وكانت قوية في بنائها المنطقي إلى درجة استرعت نظر الفقهاء في فرنسا ، وكسبت شهرة كبيرة في الفقه القانوني . ولكنها كانت ، وهي تقوم على المنطق المحض ، لا تبالي بما يعترض طريقها من قواعد قانونية وضعية تتعارض معها وتنقضها : لذلك نكّر ناقدوها ، بل ووصل نقدها إلى حد محاولة هدمها من الأساس . ونبدأ بعرض هذه النظرية التقليدية كما بسطها أوبرى ورو ، ثم ننقل إلى ما قيل في نقدها .

المطلب الأول

النظرية التقليدية في اللزمة المالية

١٢٨ — العناصر التي تشكوها الزمة المالية : قلنا أن اللزمة المالية هي ما للشخص وما عليه من حقوق وديون منظورا إليها ك مجموع . ويلاحظ أن الحقوق والديون التي تتكون منها اللزمة المالية يجب أن تكون ذات قيمة مالية إذ نحن هنا في صدد المال ، ولا شأن للزمة المالية بالحقوق التي تتعلق بالشخص دون ماله . وعلى ذلك يخرج من اللزمة المالية الحقوق والواجبات ذات الصلة السياسية ، وهي التي تدخل في القانون العام لا في القانون الخاص . وهذه هي ما عرف بتسميته بحقوق الإنسان (droits de l'homme) : حق الإنسان في الحياة ، وحقوقه في الحريات العامة ، وما يستتبع هذه الحقوق من واجبات تقابلها^(١) . وهذه الحقوق والواجبات ليست لها قيمة مالية ، وذلك ما لم يقع اعتداء عليها ، فعند ذلك يتمثل جزاء الاعتداء في عقوبة جنائية وهذه لا تدخل أيضاً في اللزمة المالية ، أو في تعويض مالي وهذا التعويض هو الذي يدخل في اللزمة المالية لأن له قيمة مالية .

ويخرج كذلك من اللزمة المالية الولاية على النفس ، فولاية الزوج وولاية

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣٠٨ .

الأب وإن كانتا تدخلان في نطاق القانون الخاص ، إلا أنهما تخرجان من اللمة المالية إذ ليست لها قيمة مالية .

ويخرج أيضاً من اللمة المالية دعوى الحالة المدنية (*actions d'état*) و *civil* ، كدعوى الزوجية ودعوى البتة ودعوى النسب بوجه عام . وهذه الدعاوى في ذاتها ليست لها قيمة مالية ، فلا تدخل في اللمة المالية ، ولكن إذا تفرع عنها حقوق مالية كالخلف في الإرث والحق في الثقة فإن هذه الحقوق تدخل في اللمة المالية^(١) .

ويستخلص من ذلك أن العناصر التي تتكون منها اللمة المالية هي الحقوق والديون ذات القيمة المالية ، كما قلنا . ومن ثم يدخل في اللمة المالية جميع الحقوق العينية الأصلية والشفعة ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن^(٢) . ويدخل في اللمة المالية أيضاً الحقوق الشخصية أو الالتزامات فهي قيمة مالية إيجابية من حيث إنها حقوق ، وقيمة مالية سلبية من حيث إنها التزامات^(٣) . ويدخل في اللمة المالية أخيراً الحقوق المالية الواقعة على الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف وحق الفنان ، وسيأتي تفصيلها فيما يلي . أما الحق الأدبي للمؤلف فتح غير ذي قيمة مالية فلا يدخل في اللمة المالية ، فإذا

(١) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣١٠ - ولكن يدخل في اللمة المالية الأشياء ذات القيمة التذكارية للأسرة ، كالصور الفوتوغرافية والمحفوظات والرسائل . ولكنها لا تكون محلاً للقسمة بين الورثة ، ما لم تكن ذات قيمة مالية كبيرة كالمجوهرات والأثاث ذي القيمة الفنية (بلانويو وديير وبولانييه ١ فقرة ٢٥٣٥ - نقض فرنس ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨ - ١ - ٨٤) .

ويدخل في اللمة المالية أيضاً الأشياء التي لا يجوز حجز عليها ، لأنها تكون محلاً للملكية . أما فكرة الإنسان حل العمل في ذاتها ، أي بصرف النظر عما يمكن أن تنله من قيمة مالية ، فلا تدخل في اللمة المالية (كاربونيه ص ٢ - ص ٣) .

(٢) ويدخل في اللمة المالية أيضاً مجرد الرخص أو الترخيصات ، كخيار الشفعة وحق المالك . في إقامة بناء على أرضه وحق الشريك في طلب القسمة (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ - شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٥) .

(٣) أما الواجب العام الذي يتسببه كل شخص في احترام الحقوق العينية فلا يدخل في اللمة المالية ، لأن هذا الواجب ليس التزاماً بالمعنى الصحيح . فالناحية الإيجابية لللمة تشمل إذن الحقوق العينية والشخصية جميعها ، أما الناحية السلبية فلا تشمل سوى الالتزامات الشخصية (شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٥) .

ما اعتدى عليه ووجب التعويض أصبح التعويض ذا قيمة مالية ودخل في
الذمة المالية .

ولما كانت الذمة المالية تتكون من حقوق وديون ، فإن الحقوق هي
التي تمثل القيمة الإيجابية (actif) للذمة المالية ، وتمثل الديون القيمة السلبية
(passif) لها .

وهناك فكرتان رئيسيتان في الذمة المالية : (١) انتماع عناصر الذمة
المالية في مجموع من المال . (٢) انتماع الذمة المالية في شخصية صاحبها .

§ ١ - الذمة المالية مجموع من المال

١٢٩ - انتماع عناصر الذمة المالية في مجموع من المال : وعناصر
الذمة المالية ، من حقوق وديون مالية على النحو الذي بسطناه ، لا ينظر إليها ،
هند تصور الذمة المالية ، على أنها عناصر منفصلة بعضها عن بعض لكل عنصر منها
منها ذاتية وكيانه الخاص به ، بل ينظر إليها على أنها جميعاً مندمجة في كل
لا يتجزأ . فغنى ذاتية هذه العناصر في المجموع الذي تكوّن ، وتصبح كلها
مجموعاً من المال (universalité) . ولا تدخل هذه العناصر في هذا
المجموع ، بعد أن ذابت فيه ، إلا باعتبار أنها قيم مالية مثابة يحل بعضها محل
بعض في المجموع الشامل . وبذلك يفصل مجموع المال الذي هو الذمة
المالية عن كل من العناصر المادية التي تكوّن ، ويقوم بذاته وحدة مجردة
(entité abstraite) لها كيانه المستقل عن كيانه كل عنصر من عناصرها .
وعندما ننظر إلى الذمة المالية باعتبارها مجموعاً من المال منفصلاً بكيانه
الذاتي عن كل عنصر من عناصره ، نرى في وضوح أن كل التغيرات التي
تطرأ على هذه العناصر ، والتي يكون من شأنها أن تزيد أو تنقص في القيمة
الإيجابية أو في القيمة السلبية ، لا أثر لها في كيان الذمة المالية ذاته الذي هو
منفصل عنها . فقد تزول الحقوق ويحل محلها حقوق أخرى ، وقد تنقضي
الديون وتجد مكانها ديون أخرى ، وقد تزيد القيمة الإيجابية على القيمة
السلبية ، بل قد تزيد القيمة السلبية على القيمة الإيجابية ، وتبقى الذمة المالية
هي هي ، على حالها لا تتغير . بل إنه قد لا توجد لا حقوق ولا ديون أصلاً ،
ومع ذلك تقوم الذمة المالية منفصلة عن وجود الحقوق والديون وعن انعدامها

فالطفل يوم يولد وليس له مال أصلاً لا من ميراث ولا من وصية ، تكون له مع ذلك ذمة مالية^(١) كما سيأتى .

وهذا الاندماج فى مجموع من المال على النحو الذى بسطناه يفسر ثلاثاً من المسائل الهامة : (أولاً) هذا المجموع من المال الذى هو الذمة المالية هو الضمان العام للدائنين . (ثانياً) ينتقل هذا المجموع من المال ، حقوقاً وديوناً ، بالمولد من المورث إلى الوارث . (ثالثاً) تصلح فكرة المجموع من المال أساساً لنظرية الحلول العينية .

ونتناول بالبحث كلا من هذه المسائل الثلاث :

١٣٠ — السائد الأولى — الزمة المالية هى الضمان العام للدائنين : تفسر نظرية الذمة المالية أن أموال المدين جميعاً ، الحاضر منها والمستقبل ، ما وجد منها وقت نشوء الدين وما يوجد بعد نشوئه ، ضامنة لجميع ديونه دون تمييز بين دين ودين . أو كما يقال عادة إن الذمة المالية هى الضمان العام لجميع الدائنين (Le patrimoine est le gage commun de tous les créanciers) ، أو بعبارة أدق إن القيمة الإيجابية للذمة المالية هى ضمان للقيمة السلبية .

والذى ينفذ عليه الدائن ويبيعه على مدينه لاستيفاء الدين ليس هو الذمة نفسها ، فإن هذه غير قابلة للحجز ولا للبيع كما سيأتى . وإنما ينفذ على عناصر الذمة الإيجابية ، مالا بعد آخر ، منظوراً إلى هذا المال باعتباره عنصراً من عناصر الذمة المالية التى تضمن الدين . ويستوى فى ذلك المال الذى وجد وقت نشوء الدين وبقي فى الذمة المالية إلى وقت التنفيذ ، والمال الذى وجد بعد نشوء الدين وبقي إلى وقت التنفيذ . ولا يقال إن هذا المال الأخير لم يكن موجوداً وقت نشوء الدين فلا يضمه إذ لم يعتمد عليه الدائن ، ذلك أن الضامن للدين هو الذمة المالية أى هذا المجموع من المال الذى تنبئ فيه عناصره كما قدمنا ، فسواء وجد المال وقت نشوء الدين أو وجد بعده ، فهو فى الحالين

(١) كولان وكايتان ودى لاموراندوير ١ فقرة ١٢٨ ص ١١٠ — والمحل المستكن له هو الآخر ذمة مالية ، فإنه يجوز أن يوصى له بمال معين فتكون له حقوق مالية ، وتوجد له بذلك ذمة مالية (شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٥) .

عنصر من عناصر النعمة المالية وبهذا الوصف يعتبر ضامنا للدين . وعلى العكس من ذلك لا يضمن الدين المال الذي يكون قد خرج من النعمة المالية وقت التنفيذ ، حتى لو كان موجودا وقت نشوء الدين . ذلك أن هذا المال ، وقت التنفيذ ، لم يكن عنصراً من عناصر النعمة المالية فلا يضمن الدين ، حتى لو كان الدائن قد اعتمد عليه وقت نشوء الدين ، إذ ضمان الدائن إنما هو النعمة المالية بما تشتمل عليه من عناصر وقت التنفيذ لا وقت نشوء الدين . وبذلك تكون عناصر النعمة المالية بمثابة الأشياء المثلثة (*choses fongibles*) ما خرج منها محل عمله ما استجد .

على أن خروج المال من النعمة المالية ، ما كان منه موجودا وقت نشوء الدين وما جد بعد ذلك ، مشروط بعدم تعمد المدين الإضرار بحقوق الدائن ، وإلا كان للدائن الدعوى البولصية يضعها القانون بين يديه فيجعل تصرف المدين في المال غشاً غير نافذ في حقه ، ويعتبر المال باقياً في النعمة المالية فيستطيع الدائن تنفيذ عليه .

وكون النعمة المالية ضامناً عاماً (*gage commun*) للدائنين لا يعنى أن الدائن حقاً حينها على الأموال التي تشتمل عليها النعمة المالية ، فكلمة «الضمان» (*gage*) هنا ليست مستعملة بمعناها الفني ولا تعنى أن للدائن العادى رهناً على أموال المدين ، بل معناها أن للدائن أن ينفذ على أموال مدينه لاستيفاء حقه . ويتساوى الدائنون جميعاً في ذلك ، فلا يتقدم الدائن السابق على الدائن اللاحق ، حتى في الأموال التي وجدت في النعمة المالية وقت نشوء حق الدائن الأول وقبل نشوء حق الدائن الثاني . ولا يتقدم الدائن اللاحق على الدائن السابق ، حتى في الأموال التي لم تكن موجودة في النعمة المالية وقت نشوء حق الدائن السابق ولو وجدت قبل نشوء حق الدائن اللاحق . وإنما يتقدم دائن على دائن آخر تبعاً لما له من ضمان عني على مال معين من أموال المدين ، كرهن أو اختصاص أو امتياز ، ويكون تقدمه في هذا المال وحده^(١).

(١) انظر في كل ما تقدم أوبري ودورلسان ٩ فقرة ٥٧٩ من ٣٣٨ - ٣٣٩ -

كولان وكايتان ودى لامورالديير ١ فقرة ١٢٩ .

١٣١ - المسألة الثانية - انتقال حقوق المورث وديونه إلى الوارث :

الأصل في القانون الفرنسي ، وهو القانون الذي ابتدعت فيه نظرية الذمة المالية ، أن الدين لا ينتقل من مدين إلى مدين آخر ، وإذا كانت حوالة الحق جائزة فإن حوالة الدين لا تجوز . ومع ذلك فإن الدين ينتقل ، بالوفاة لا فيما بين الأحياء ، من ذمة المورث إلى ذمة الوارث . ويفسر ذلك عادة بنظرية الذمة المالية . فالمورث تقوم ذمته المالية ، بما تشتمل عليه من حقوق وديون ، منفصلة عنه بعد أن مات . فلا بد من إسناد هذه الذمة المالية إلى شخص غير المورث ، وهذا الشخص لا يمكن إلا أن يكون هو الوارث ، فهو الذي تستمر شخصية مورثه فيه ، وهو الذي يملك تركته . وعلى ذلك تنتقل الذمة المالية للمورث بمجرد موته إلى الوارث ، فتنتقل إلى هذا حقوق المورث وديونه جميعاً في وقت واحد . وبذلك أمكن تصور انتقال الدين في القانون الفرنسي من مدين إلى مدين آخر ، أي من المورث إلى الوارث ، بفضل نظرية الذمة المالية^(١) . وهذا لا يمنع الوارث بطبيعة الحال ، وبخاصة عند ما يرى أن ديون المورث تربي على حقوقه ، أن يرفض الإرث ، أو أن يقبله بشرط فصل التركة عن ذمته المالية الأصلية (sous bénéfice d'inventaire) فيصبح بذلك ، غير مسئول عن ديون التركة إلا بمقدار ما تشتمل عليه من حقوق ، وكالوارث ، وهو الذي تنتقل إليه حقوق المورث وديونه بموجب القانون ، الموصى له بمجموع التركة أو بجزء شائع في هذا المجموع (ayant cause à titre universel) ، فإن هذا أيضاً في بعض الأحوال تنتقل إليه حقوق

(١) أما في مصارف قواعد الشريعة الإسلامية فتقضى ، كما هو معروف ، بألا تركة إلا بعد سداد الديون . ويفسر ذلك عادة بأن ديون الميت لا تنتقل إلى ورثته ، بل تبقى في التركة إلى أن تسدد ، والخاص من التركة بعد ذلك هو الذي يملكه الورثة . ومع ذلك فهناك آراء في الفقه الإسلامي ، جديرة بالاعتبار ،ذهب إلى أنه بمجرد وفاة المورث تنتقل تركته من حقوق وديون إلى ورثته ، فتصبح أموال التركة مملوكة للورثة ، كما يصبح هؤلاء مسئولين عن ديون التركة ولكن في حدود الأموال التي آلت إليهم . فيكون وضع الورثة في الشريعة الإسلامية كوضع الورثة في القانون الفرنسي عندما يقبلون التركة بشرط الجرد (sous bénéfice d'inventaire) . انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ٣٦ - فقرة ٣٥ .

الموصى وتنقل إليه ديونه بنسبة هذه الحقوق . بموجب الوصية أى بموجب إرادة الوصى^(١) .

١٣٣ - المادة الثالثة - صلاحية فكرة المجموع من المال أساساً

لنظرية الحلول العينية : يذهب بعض الفقهاء^(٢) إلى أن فكرة المجموع من المال تصلح أيضاً أساساً لنظرية الحلول العينية في بعض تطبيقاتها ، فقد يجمع الشخص إلى جانب ذمته المالية الأصلية ذمة مالية أخرى ، وهذا على خلاف ما تقضى به النظرية التقليدية في الذمة المالية من أن الشخص لا تكون له إلا ذمة مالية واحدة لا تتعدد . ويأتون على ذلك بأثلة مختلفة منها الذمة المالية للمفقود فهذه بعد مدة معينة تضاف إلى الورثة ، فإذا ما ظهر المفقود بعد ذلك استرد ذمته المالية منهم . ومنها التركة التي يستولى عليها الوارث الظاهر وتضاف إلى ذمته الأصلية ، ثم يظهر الوارث الحقيقي فيسترد التركة من الوارث الظاهر . ومنها التركة التي قبلها الورثة في القانون الفرنسي بشرط الجرد ، فهذه ذمة مالية تضاف إلى الذمة الأصلية للوارث وتبقى منفصلة عنها إلى أن تصفى من الديون .

في هذه الأحوال وأمثالها ، حيث يوجد مجموع من المال هو عبارة عن ذمة مالية أضيفت إلى الذمة المالية الأصلية ، تصبح الذمة المالية المضافة ذمة قائمة بذاتها منفصلة عن الذمة المالية الأصلية . وهذا يفسر بعض تطبيقات الحلول العينية ، فأى مال يخرج من إحدى اليمينتين - الأصبية أو المضافة - ويدخل في مقابلة مال آخر ، فإن المال الذي دخل محل حلولاً عينياً على المال الذي خرج ، وذلك في نطاق الذمة المالية التي خرج المال منها ودخل المال إليها ؛ وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام في الحلول العينية .

(١) انظر في كل ما تقدم أدبرى ورو وإسبان ٩ فقرة ٥٨٢ ص ٣٤٣ وص ٣٤٤ - وفقرة ٥٨٢ ص ٣٤٥ - ٣٤٨ .

ويرتب على استمرار شخصية المورث في شخصية الوارث أن تنتقل جميع الديون إلى الوارث ، ويصبح السند القابل للتنفيذ في حق المورث نافذاً في حق الوارث ، وتضاف حيازة المورث إلى حيازة الوارث .

(٢) انظر بوجه خاص بلانيرول وبيير وبيكار فقرة ١٥ ص ٢٠ وفقرة ٢٣ - فقرة ٢٤٤ .

٢٥ - النمة المالية وشخصية صاحبها

١٣٣ - انما النمة المالية في شخص صاحبها : يقيم أوبرى ورو النمة المالية على الشخصية ذاتها . فعندهما أن هذا المجموع من الحقوق والديون التي هو النمة المالية لم يتم كوحدة فثبت فيها عناصرها فاستغرقتها جميعا ، إلا لأن النمة المالية قد اندمجت في شخصية صاحبها ، وأصبحت امتدادا لهذه الشخصية وصورة منطقية منها . فكما أن الشخصية واحدة لا تتعدد ، كذلك النمة المالية وحدة لا تتجزأ . ويقول أوبرى ورو في هذا الصدد : « فكرة النمة المالية تستخلص منطقيا من فكرة الشخصية ... فالنمة المالية هي مظهر الشخصية ، وهي التعبير عن القدرة القانونية للشخص باعتباره شخصا^(١) . ويقولان أيضاً : « النمة المالية ، في أصل معانيها ، هي شخصية الإنسان ذاتها ، منظوراً إليها في علاقاتها بالأشياء الخارجية التي يباشر الشخص أو سبائش حقوقاً عليها^(٢) .

ولما كانت النمة المالية هي مجموع من حقوق وديون ، ولما كان الحق لا بد أن يستند إلى شخص يملكه وكذلك الدين لا بد أن يستند إلى شخص يكون ملتزماً به ، فالنمة المالية لا بد إذن أن تستند إلى شخص يملك ما تشتمل عليه من حقوق ويلتزم بما تشتمل عليه من ديون . بل إن النمة المالية تنمى اجتماعاً تاماً في هذا الشخص فلا تنفصل عنه . وقد قلنا أن النمة المالية تكون قائمة حتى لو زادت الديون على الحقوق ، بل حتى لو لم تكن هناك في وقت ما لا حقوق ولا ديون^(٣) . فجرد الصلاحية لأن يكسب الشخص

(١) L'idée de patrimoine se déduit logiquement de celle de la personnalité . . . Le patrimoine est l'émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie comme telle". (أوبرى ورو ٩ فقرة ٣٧٤) .

(٢) "... le patrimoine est, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets externes sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer". (أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٣ هامش ٦) .

(٣) تارن لإساحيل غاتم رساله في النمة فقرة ٦٢ ص ١١٤ - ص ١١٥ .

حقوقاً ولو لم يكسبها بالفعل ، ولأن يلتزم بديون واو لم يلتزم بلدين ما ، مجرد
الصلاحية هذه هي النعمة المالية . وهذا مما يقرب النعمة المالية في الفقه الفرنسي
من أهلية الوجوب في الفقه الإسلامي^(١) .

ويرتب على انتماع النعمة المالية في الشخصية نتائج ثلاث : (١) الشخص
وحده هو الذي تكون له ذمة مالية ، وكل شخص له حتماً ذمة مالية . (٢) الذمة
للمالية لا تنفصل عن صاحبها . (٣) لكل شخص ذمة مالية ، فلا تتجزأ الذمة
المالية ولا تعدد^(٢) .

١٣٤ - النتيجة الأولى - الشخص وعده هو الذي تكون له ذمة

مالية وكل شخص له مما ذمة مالية : والشخص هنا إما أن يكون شخصاً
طبيعياً ، أو شخصاً معنوياً . وسواء كان طبيعياً أو معنوياً ، فهو وحده
الذي تكون له ذمة مالية . ذلك أن النعمة المالية هي مجموع الحقوق والديون ،
والحقوق والديون يجب أن تستند إلى شخص طبيعي أو معنوي يكون مالكا لها
أو ملتزماً بها كما سبق القول . ومن ثم لا يمكن أن تستند النعمة المالية إلا إلى
الشخص ، فهو وحده الذي تكون له ذمة مالية .

ومادام الشخص يكون دائماً صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ،
وما دامت الذمة المالية هي الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات كما
قدمنا ، فينتج من ذلك أن الشخص بموجب صلاحيته لأن تكون له حقوق
وعليه واجبات ، تكون له حتماً ذمة مالية . وليس يلزم لوجود النعمة المالية
وجود الحقوق والواجبات فعلاً ، فقد قدمنا أن الشخص في وقت معين قد
لا تكون له حقوق أصلاً وليست عليه ديون بتاتاً ، وهذا لا يمنع من أن تكون
له ذمة مالية في ذلك الوقت المعين بالذات^(٣) .

(١) انظر نظرية الذمة في الفقه الإسلامي في الجزء الأول من مصادر الحق في الفقه الإسلامي

المؤلف ص ١٦ - ص ١٧ .

(٢) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٣ هاش ١ .

(٣) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٣ ص ٣٠٧ - بلانويول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٦ -

كولان وكاهنتان ودي لاموراندنيير ١ فقرة ١٢٨ ص ١١٠ - وانظر آلفا فقرة ١٢٩ .

١٣٥ — النتيجة الثانية — الزمة المالية لا تنفصل عن صاحبها : مادامت

الذمة المالية مندرجة في الشخصية ، فهي لا تفارقها ولا تنفصل عنها ، يجوز بطبيعة الحال للشخص أن يتصرف في حقوقه التي تشتمل عليها ذمته المالية ، ولكنه يتصرف في هذه الحقوق حقاً حقيقياً باعتبار أن كل حق قائم بذاته ، لا باعتباره عنصراً من العناصر التي فُتيت في الذمة المالية . وهو إذا تصرف في حق من هذه الحقوق ، فليس معنى هذا أنه تصرف في ذمته المالية ، بل إن هذه الذمة لا تنفصل عن صاحبها كما قلنا ، وإن نقصت بعض الحقوق التي تشتمل عليها أو زالت كل هذه الحقوق^(١) . فلا يجوز إذن للشخص أن يتصرف في ذمته المالية كجموع من المال ، بل ولا في جزء شائع فيها كأن يتصرف في نصفها أو في ربعها . ومن ثم فإن التعامل في تركة مستقبلية ، والتركة المستقبلية هي الذمة المالية منطوياً إليها بعد الوفاة ، غير جائز ، لأسباب ترجع إلى حماية المورث وترجع كذلك إلى عدم جواز التصرف في الذمة المالية كجموع من المال^(٢) .

ونتيجة أخرى يستخلصها أوبري ورو من عدم قابلية الذمة المالية للانفصال عن صاحبها أن الشخص إذا وهب جميع أمواله أجزءاً شائعة في جميع أمواله ، فإن ديون الواهب ، أو جزءاً منها مقابلاً للجزء الشائع للموهوب ، لا تنتقل إلى الموهوب له . ذلك أن الواهب ، وهو هب جميع أمواله أو جزءاً شائعاً في جميع أمواله ، لا يهب ذمته المالية نفسها أو جزءاً منها ، وإلا لانقلت إلى الموهوب له الديون مع الحقوق ، وهذا ما لا يستطيع أن يفعله لأن الذمة المالية لا تنقل الانفصال عن صاحبها . فهو إذن يهب أمواله مالا مالا باعتبار أن كل مال قائم بذاته لا عنصر قد فُتِيَ في الذمة المالية ، والموهوب له يعتبر خلفاً خاصاً لكل مال معين بالذات من هذه الأموال ، ولا يعتبر خلفاً عاماً لمجموع من الأموال كما هو الأمر بالنسبة إلى الوارث الذي يرث الأموال والديون في وقت واحد^(٣) .

(١) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٣ - ٣٠٧ - بلانويول وديبير وبيكار ٣ فقرة ١٦ ص ٢١٠ .

(٢) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٧ - ٢ ص ٣٥٠ .

(٣) بلانويول وديبير وبيكار ٣ فقرة ١٨ .

١٣٦ — النفقة الثالثة — لكل شخص ذمة مالية واحدة فهو متجراً

هالذمة المالية وروى تعدد : ذلك أن الذمة المالية تندمج في الشخصية ، فتستعبر منها خصائصها . والشخصية واحدة لا تتجراً ولا تتعدد . وقد رأينا أن الذمة المالية تنصب فيها جميع الحقوق وجميع الديون ، فتصبح هذه جميعاً كلاً لا يتجزأ^(١) . وقد سبق أن قررنا أن كل شخص له ذمة مالية ، والآن نقرر أن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة مالية واحدة . ولا يمكن للشخص أن يجزئ هذه الذمة إلى ذمم متفرقة ، كما لا يجوز له أن يضيف إلى ذمته المالية الأصلية ذمة مالية أخرى مع بقاء الذمتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى فتتعدد بذلك الذمة المالية .

ويعد أوبري ورو وجود ذمة مالية مضافة إلى جانب الذمة المالية الأصلية — وقد وردت نصوص تشريعية تقضي بذلك وأتينا ببعض الأمثلة على الذمة المالية المضافة^(٢) — أمراً استثنائياً . وفي غير هذه الحالات الاستثنائية لا يجوز للشخص ، حال حياته ، أن يجزئ ذمته المالية ، فيجعل بعض الدائنين يختصون بجزء منها والدائنين الآخرين يختصون بالجزء الآخر^(٣) .

المطلب الثاني

فقد النظرية التقليدية في الذمة المالية

١٣٧ — نوهاده من النقد : بقيت نظرية أوبري ورو التقليدية في الذمة

المالية سائدة في الفقه الفرنسي مدة طويلة ، وقد أجمع هذا الفقه على أن هذه النظرية قد قامت على منطق محكم الحلقات ، وأنها من أقوى النظريات الفقهية بناء وحسن سبك .

ولكن الفقه أخذ بعد ذلك بعيد النظر فيما كان قد اعتاد أن يسلم به دون تمحيص ، لا سيما في المسائل التي يفرضها منطق النظرية ولكنها تخالف الأحكام

(١) أوبري ورو ٩ فقرة ٣٧٩ ص ٣٦٧ وقررة ٥٨٣ ص ٣٧٦ وما بعدها — پلانيول ديبر وبيكار ٣ فقرة ٢٠ ص ٢٤ هامش ٤ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٣٢ .

(٣) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣١١ — ص ٣١٢ .

للتشريعية الصريحة . فأخذ فريق من الفقهاء في نقد النظرية في بعض جزئياتها والتحويل في هذه الجزئيات ، دون مساس بجوهر النظرية . ولكن فقهاء آخرين ذهبوا إلى أبعد من ذلك ، وهاجوا النظرية في جوهرها ، وذهبوا إلى أنها نظرية فاسدة في أساسها إذ تقوم على منطق يجافي الواقع ، دون أن يقوم مبرر يشفع في بقائها في ثوب من هذا المنطق المصطنع . ونورد موجزاً لأراء كل من الفريقين .

§ ١ - الفريق الأول

١٣٨ - **نقد النظرية في بعض جزئياتها** : هذا الفريق يعتمد بوجه خاص إلى النعي على النظرية التقليدية المبالغة في المنطق المحرد ، وإلصاق النعمة المالية بالشخص حتى اختلطت به وكاداً يصححان شيئاً واحداً . ثم يزحزح النعمة المالية عن الشخصية ليقبها على فكرة التخصيص لغرض معين (*affection à un but déterminé*) ، وبذلك يتمكن من القول بجواز تعدد النعمة المالية ويجواز انفصالها عن صاحبها . ولكنه مع ذلك يني النعمة المالية مستندة إلى الشخص ، فلا يجوز أن تقوم دون صاحب تستند إليه فهذه مسائل متعددة ، نعرض لها واحدة بعد الأخرى .

١٣٩ - **المبالغة في ربط النعمة المالية بالشخصية** : يقول نقاد النظرية التقليدية إنها نظرية ذات صبغة مصطنعة ، تقوم على منطق مجرد مغرق في التجريد . فهي تباليغ في ربط النعمة المالية بالشخصية إلى حد أن تخلط بينهما ، وإلى حد أن تجعل من النعمة المالية مجرد الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات وهذا هو عين الشخصية . وهذا الخلط ما بين النعمة المالية والشخصية يجب تجنبه ، فإنه من جهة يتخلع على النعمة المالية خصائص لا تتفق مع الأحكام القانونية المسلم بها ، ومن جهة أخرى يؤدي إلى نتائج يحسن تفاديها وقد تفادينا فعلا كثير من الشرائع (١) .

١٤٠ - **والدولة إدغال فكرة التخصيص لفرصه معين فبمعنى**
الحق وظيفة اجتماعية أكثر من سلطة في يد الشخص : وكان الأول أن

(١) هامبولد ودهير وبيكار ٣ ققرة ١٧ .

تجعل الرابطة التي تجمع ما بين عناصر النعمة المالية ليست هي الشخص الذي تستند إليه هذه النعمة ، بل الغرض المشترك الذي خصصت له هذه العناصر . وإذا كان صحيحاً أن النظرية التقليدية على حق فيما ذهب إليه من أن الأموال إنما ينظر إليها القانون باعتبارها مرتبطة بالغايات التي يسعى إليها الشخص ، فتقوم صلة وثيقة ما بين النعمة المالية والشخص ، إلا أن هذه الغايات مختلفة متنوعة . فمفسرها جميعاً على غاية موحدة ، ترد إليها كل الغايات دون تمييز بين غاية وغاية ، ينطوي على كثير من العنت ويجافي الحقائق الواقعة^(١) .

وما دامت الغايات متعددة ، فإنه من الممكن أن يقتطع مجموع من الأموال من النعمة المالية الأصلية ويخصص لغاية معينة ، فيكون هذا المجموع بما يشتمل عليه من حقوق والزامات ذمة مالية منفصلة عن النعمة المالية الأصلية .

فالغاية إذن ، وليس الشخص ، هي التي تربط ما بين العناصر المختلفة للنعمة المالية ، وهذا هو الاتجاه الحديث الذي يسر صوبه القانون في الوقت الحاضر^(٢) . ومن ثم تصبح الحقوق مرتبطة بالغايات التي أعطيت من أجلها ، ويصبح الحق وظيفة تحقق غاية اجتماعية ، أكثر منه سلطة يعطي زمامها ليد شخص معين^(٣) .

١٤١ — جواز قصور الرزمة المالية: وأول ما يترتب على التراخي في ربط النعمة المالية بالشخصية ، وإدخال فكرة التخصيص لغاية معينة ، أن إحدى النتائج الهامة للنظرية التقليدية ، وهي أن النعمة المالية لا تتجزأ ولا تتعدد ، لا تصبح نتيجة سليمة . فهي لم تكن سليمة إلا لأننا أدجننا النعمة المالية في الشخصية ، فشاركت تلك خصائص هذه . ولما كانت الشخصية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد ، كذلك تكون النعمة المالية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد . ولكن ذلك يخالف الواقع ، ويتعارض مع المسلم به من تعدد النعمة المالية في كثير من الأحوال كما سترى .

لذلك كان في إدخال فكرة التخصيص لغاية معينة أكبر معين على القول

(١) بلائيول ودييبر وييكار ٣ فقرة ١٧ ص ٢٢ .

(٢) بلائيول ودييبر وييكار ٣ فقرة ٢١ ص ٢٥ - ص ٢٦ .

(٣) انظر كولان وكيبشان ودي لامورالديير ١ فقرة ١٣٥ ص ١١٧ - ص ١١٨ .

تعدد النمة المالية ، إذ يقع كثيراً أن يتخصص مجموع من أموال الشخص لغاية معينة فيستقل هذا المجموع عن النمة المالية الأصلية ، ويصبح هو نفسه ذمة مالية أخرى ، وبذلك تتعدد النمة المالية .

ومن أمثلة تعدد النمة المالية قبول الوارث للتركة بشرط الجرد أو طلب الدائنين فصل التركة عن النمة المالية للوارث في القانون الفرنسي . ففي هذه الحالة يكون للوارث ذمة المالية الأصلية ، وذمة مالية أخرى هي التركة التي انتقلت إليه بما لها من حقوق وما عليها من ديون ، وقد انفصلت عن ذمة المالية الأصلية . وهذا وضع يضاهي وضع الوارث في الشريعة الإسلامية ، فالوارث تنتقل إليه ملكية أموال التركة كما تنتقل إليه الديون في بعض المذاهب الفقهية ، ومع ذلك تبقى التركة منفصلة عن ذمة الوارث الأصلية إلى أن تسدد ديونها كما سبق القول^(١) ، وبذلك تتعدد ذمة الوارث في الشريعة الإسلامية كما تعددت في القانون الفرنسي .

كذلك إذا وهب شخص شخصاً آخر أو وصى له بمال ، على أن يخص هذا المال لغرض معين ، فإن المال الموهوب أو الموصى به ينفصل عن النمة الأصلية للموهوب له أو الموصى له ، فتتعدد النمة .

وإذا ترك مجهز السفينة السفينة والأجرة في مقابل ما ترتب عليه من التزامات بسبب تجهيز السفينة ، فإن ثروة البحر (fortune de mer) هذه تصبح ذمة مالية منفصلة عن ذمة المجهز الأصلية .

وفي الأنظمة المالي للزواج في القانون الفرنسي ، يكون مهر الزوجة (dot) ذمة مالية منفصلة عن ذمتها الأصلية ، ويكون ما دخل من مالها في الأموال المشتركة بينها وبين الزوج (communauté) ذمة مالية منفصلة كذلك عن النمة الأصلية . وليس لهذا نظير في الشريعة الإسلامية .

ففي هذه الأحوال وأمثالها^(٢) ، تتعدد النمة المالية ، وتقوم ذمة مالية أخرى غير النمة المالية الأصلية منفصلة عنها . ويكون لهذه النمة المالية حقوقها؛

(١) انظر آتفاقرة ١٣٦ في الماش .

(٢) انظر آتفاقرة ١٣٢ .

التي تستغل بها وديونها التي تترتب عليها وحدها ، شأنها في ذلك شأن الزمة المالية الأصلية^(١) .

١٤٢ — جواز انتقال الزمة المالية من صاحبها إلى الغير مال الحياة :
ونتيجة أخرى من النتائج الهامة في النظرية التقليدية ، لا نستقيم إلا إذا أدجنا الزمة المالية في الشخصية إدماجا تاما ، فلا يجوز انتقال الزمة المالية وانفكاكها عن شخص صاحبها مادام حيا ، ومن ثم لا يجوز انتقال الزمة المالية إلى الغير حال الحياة . أما إذا جعلنا الصلة ما بين الزمة المالية والشخصية صلة مترابطة ، وأقمنا الزمة المالية على فكرة التخصيص لغاية معينة ، فإنه يمكن انفكاك الزمة عن صاحبها في حال حياته ، ويمكن تبعا لذلك أن يتصرف الشخص في ذمته المالية ، كلها أو بعضها ، فينقلها في حال الحياة إلى شخص آخر .
والفرق بين الحالتين أنه إذا لم تجز نقل الزمة المالية في حال الحياة ، فإنه يترتب على ذلك أن الشخص لا يستطيع أن يتصرف في ماله في حال الحياة إلا إلى خلف خاص ، فينقل الحقوق دون الديون ، ولا يتصرف إلا في حقوق معينة . فإذا وهب شخص جزءا كبيرا من أمواله ، بل إذا وهبها كلها ، فإن الموهوب له لا تنتقل إليه ديون الواهب بغير اتفاق خاص ، ويأخذ أموال الواهب خالصة من الديون . أما إذا أحزنا نقل الزمة المالية في حال الحياة ، فإنه يجوز للشخص أن يتصرف في ذمته المالية ، كلها أو بعضها ، إلى خلف عام ، فتنتقل إلى هذا الخلف الحقوق والديون جميعا لأن المجموع من المال هو الذي انتقل .

ولا شك في أن إباحة التصرف في الزمة المالية ، بما تشتمل عليه من حقوق وديون ، حال الحياة ، من شأنه تيسير التعامل . وهذا لا يكون إلا إذا تراخت الصلة ما بين الزمة المالية والشخص ، وقامت فكرة التخصيص لغاية معينة كما سبق القول . على أنه بالرغم من أن النظرية التقليدية للزمة المالية لا تزال هي السائدة في فرنسا ، وكان من مقتضاها عدم جواز التصرف في الزمة المالية حال الحياة ، فإن هذا التصرف أجازته مع ذلك التقنين المدني الفرنسي وأجازته القضاء الفرنسي في بعض حالات استثنائية نذكرها فيما يلي :

(١) إيلانول وديير وبيكار ٣ قرة ٢٠ .

- ١ - أجاز التقنين المدني الفرنسي (م ١٠٨٢ - ١٠٨٦ وم ١٠٩٣) هبة الأموال الحاضرة والمستقبلية في عقد الزواج المالى ، ويترتب على هذه الهبة أن يكون الموهوب له مسئولاً عن الديون . ولاشك في أن هذا تصرف حال الحياة يقع على الذمة المالية كمجموع من حقوق وديون .
- ٢ - أجاز التقنين المدني الفرنسي (م ١٠٧٥ وما بعدها) قسمة المورث لأمواله الحاضرة بين ورثته عن طريق الهبة . وفي هذه الحالة يحمل القضاء للفرنسي الورثة بالديون^(١) . ولاشك في أن هذا أيضاً تصرف حال الحياة يقع على جزء من الذمة المالية كمجموع من حقوق وديون .
- ٣ - يعتبر القضاء الفرنسي أنه إذا وهب الشخص كل أمواله أو جزءاً كبيراً منها ، فالمفروض أن هناك اتفاقاً ضمناً على أن يتحمل الموهوب له ديون الواهب أو جزءاً منها يتناسب مع قيمة الأموال الموهوبة^(٢) . ولاشك في أن القضاء في هذه الحالة أجاز التصرف في الذمة المالية أو في جزء منها حال الحياة ، بدليل أنه أوجب على الموهوب له دفع الديون .
- ٤ - أجاز القانون الفرنسي الصادر في ١٩ أبريل سنة ١٩٠٩ في شأن بيع المتجر (fonds de commerce) لدائني البائع استيفاء حقوقهم من الثمن المستحق في ذمة مشتري المتجر . فجعل القانون بذلك من المتجر شبه ذمة مالية قائمة بذاتها ، إذ جعل لدائنيه حقاً مباشراً على ثمن المتجر وقد حل الثمن محل المتجر باعتباره مجموعاً من المال ، وانتقل حق الدائنين من المتجر إلى ثمنه . وفي مصر نصت المادة ٢٥ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها على ما يأتي : « للدائنين السابقين على قيد الرهن ، متى كان الغرض من ديونهم استغلال المحل التجاري ، أن يطلبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها ، إذا أصابهم ضرر بسبب ذلك القيد » . وقد جاء في المذكرة التفسيرية للقانون : « وأجازت المادة ٢٥ للدائنين السابقين على قيد الرهن أن يطلبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها . وهذا مبدأ جديد ، فإنه طبقاً للقواعد العامة لا يترتب على ضعف التأمينات حلول أجل الدين إلا إذا كانت

(١) فقض فرنسي ٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ سيرة ٩٣ - ١ - ١٢٧ .

(٢) فقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٥ - ٢ - ٢١١ - تولوز ٢٩ يناير

سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٣ - ٢ - ١١١ - جرينوبل ١٢ مايو سنة ١٨٨٢ سيرة ٨٢ - ٢ - ٢٤٠ .

مخلا لوفاته . ومعنى ذلك أنه ، من ناحية حلول الأجل ، اعتبر القانون نحل التجارى محلا لوفاء الديون الخاصة به ، وهذا ما يجعل ، من هذه الناحية وحدها ، المحل التجارى وحدة قائمة بذاتها تكون محلا للوفاء بديونها ، بحيث إذا ضعفت هذه الوحدة بقيد رهن عليها ، حلت الديون المؤجلة .

على أن الحالات المتقدمة هي حالات استثنائية ، ولا تزال القاعدة العامة في كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى أنه لا يجوز التصرف فيما بين الأحياء في الذمة المالية ، وذلك ترتيبا على اندماج الذمة المالية في الشخص^(١) .

١٤٣ - بقاء الزمة المالية مع ذلك مرتبطة بالشخص فهو قوام ذمة

مالية ذمه صاحب تستمر إليه : ومع ذلك محرص هذا الفريق الأول من التفاد ، وهم لا يتقنون النظرية التقليدية إلا في بعض جزئياتها ، على أن يستبقوا النظرية في أساسها ، من حيث مجموع المال (patrimoine universalité) ومن حيث الارتباط بالشخصية (patrimoine personnalité) .

فلا تزال الذمة المالية في نظرم مجموعا من المال تفتى فيه عناصره من حقوق وديون ، ويفسرون بهذا الأساس الضمان العام للدائنين وانتقال التركة بما تشتمل عليه من حقوق وديون من المورث إلى الوارث .

ولا تزال الذمة المالية ، في نظرم ، مرتبطة بشخص يكون هو صاحبها وتستند إليه . ولا يتصورون قيام ذمة مالية دون شخص ترتبط به ، ولا بذهبون إلى الحد الذى ذهب إليه القانون الألماني من جعل الذمة المالية تقوم دون أن تستند لا إلى شخص طبيعى ولا إلى شخص معنوى^(٢) .

(١) وفي القانون المصرى لا يتحمل الموهوب له بدین الواجب ، إلا إذا اشترط الواجب عليه ذلك موصيا من الحية (م ١/٤٩٩ ملق) .

هذا وقد تحورت التفتينات الجرفانية - التفتين الملغ الألمانى والتفتين الملغ السويسرى - من هذا الفريق الذى لا يبرر له ، وخرجنا على النظرية التقليدية في الذمة المالية ، وأجازا تصرف الأشخاص في ذمتهم المالية حال حياتهم .

(٢) پلانيرول وريپير ويككار ٣ فقرة ٢١ ص ٢٦ - ص ٢٧ - كاربونيه ص ٨ : ويشير كاربونيه إلى أنواع أخرى جديدة يمكن أن تفتتح عنها نظرية الذمة المالية ، منها الضريبة على رأس المال وعدم إظهار المدين على الكشف عن عناصر ذمة المالية والتمييز بين رأس المال والربح والتدرة على العمل وهل هي عنصر من عناصر الذمة المالية (كاربونيه ص ٨ - ص ٩) .

§ ٢ - الفريق الثاني

١٤٤ - فقد النظرية في أساسها : أما الفريق الثاني من نقاد النظرية التقليدية ، فلا يكتفون بنقد النظرية في بعض جزئياتها ، بل هم يهدفون إلى هدم النظرية في أساسها . ويمثل هذا الفريق تمثيلا عادلا الأستاذ إسماعيل غانم في رسائله التي وضعها في النمة المالية^(١) . وقد سبقه إلى تقديمها آخرون في رسائل وضعوها لذلك^(٢) ، ولكن هؤلاء النقاد لا يزالون يتفقون مع النظرية التقليدية في أن اللمة المالية هي مجموع من المال مستقل عن العناصر التي يشتمل عليها .

ويتناول الأستاذ إسماعيل غانم النظرية التقليدية في الفكرتين اللتين تقوم عليهما ، المجموع من المال والانتماج في الشخصية ، وينكر على كل منهما فائدتها في استخلاص النتائج التي تستخلص منها عادة ، ويعلى هذه النتائج بأسباب أخرى بعيدة عن النظرية التقليدية . وعلى ذلك لا تعود للنظرية التقليدية أية فائدة في نظره ، فتهدم في أساسها . ونتابعه في كل من الفكرتين .

١٤٥ - فكرة المجموع من المال : هذه الفكرة تستخلص منها النظرية التقليدية ، كما قدمنا ، نتائج ثلاثا : الضمان العام للدائنين وانقضاء تركة المورث إلى الوراث بما عليها من ديون والحلول الضمني . أما الضمان العام للدائنين فيمكن تفسيره دون الاتجاه إلى فكرة المجموع من المال . ويكفي في ذلك أن نلجأ إلى تحليل الالتزام إلى عنصريه ، المدينونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) ، ونتمدد جنود هذا التحليل إلى القانون

(١) باريس سنة ١٩٥١ (وقد طبع في القاهرة في سنة ١٩٥٧) .

(٢) انظر مثلا Jalin رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ ص ٨٥ وما بعدها - Pinetare رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ - Ozalles رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ ص ٣٦٧ وما بعدها - Gazin رسالة من ديجون سنة ١٩١٠ - Raynaud رسالة من تولوز سنة ١٩٣٤ ص ١٧٤ وما بعدها .

، انظر حتى في طريقة التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ فقرة ٦٧ ص ١٦١ وما بعدها - Perceron في تصفية ديون التركة في المحلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٠٥ ص ٥٤٣ - Moravach - ٥٤٧ في المحلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٣٦ ص ٨١١ ما بعدها .

الرومانى ، ليرتكز فى النظريات الإنجليزية ، دون أن يلتزم رواجاً فى
 التقه الفرنسى . وللمديونية تتعلق بالعمل أو الامتناع عن العمل الواجب على
 المدين نحو الدائن ، فهى رابطة بين شخصين . والمسئولية تتعلق بقدرة الدائن
 على اقتضاء هذا الواجب من المدين جبراً عليه ، فهى أيضاً رابطة بين شخصين .
 وبموجب عنصر المسئولية هذا يصل الدائن إلى أموال مدينه للتنفيذ عليها ،
 ولكن من خلال شخص المدين . فمَنْ يخصص المدين إذن هو الذى يتوسط بين ماله
 وبين الدائن ، والدائن إنما ينفذ الدين على المدين ذاته ومن خلاله يصل
 إلى ماله . وكان الدائن فى القديم ينفذ الدين على شخص المدين فعلاً أى على
 جسمه ، فيقتله أو يسترقه أو يبيعه . ثم تهرب للقانون شيئاً فشيئاً ، حتى صار
 الدائن ، وهو ينفذ الدين دائماً على المدين ذاته ، لا ينفذه على شخص
 المدين ، وإنما ينفذه على ماله ولكن من خلال شخصه . ومن ثم تكون أموال
 المدين الموجودة وقت التنفيذ ، منظورة إليها على اعتبار أن كل مال منها قائم
 بذاته لامتزاجه فى مجموع من المال ، مسئولة عن ديونه . ولما كان الدائن يستطيع
 أن يصل إلى أى مال يكون مملوكاً للمدين من خلال شخص هذا الأخير مادام
 المال مملوكاً له وقت التنفيذ ، فالعبرة إذن بملكية المال للمدين وقت التنفيذ
 لا وقت نشوء الدين . فللدائن سبيل على المال المملوك لدائته وقت التنفيذ ،
 ولو لم يكن مملوكاً له وقت نشوء الدين وإنما استجد بعد ذلك . ولا سبيل
 للدائن على المال الذى كان مملوكاً لمدينه وقت نشوء الدين ، مادام قد خرج
 عن ملكه وقت التنفيذ . ذلك أن عنصر المسئولية لا يجعل الدائن حراً على مال
 معين للمدين ، ولكن يجعل له حقاً على شخص المدين ، ومن خلال شخصه
 ينفذ على ماله الذى يكون مملوكاً له وقت التنفيذ . وعلى هذا النحو نصل إلى
 نفس النتيجة التى يراد الوصول إليها من طريق النظرية التقليدية فى اللغة المالية
 باعتبارها مجموعاً من المالك ، ولا تكون فى حاجة إلى تصوير أموال المدين
 منبجبة كلها فى مجموع معنى لوجوده فى الواقع . ويتيسر لنا بذلك أن
 نقرر القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين ضامنة لديونه ، وذلك الاتجاه
 إلى فكرة المجموع من المال التى تقول بها النظرية التقليدية (١) .

(١) إسماعيل غانم رسالته فى اللغة المالية مقالة ١٧ ص ٢٩ ومقالة ١٨ ص ٢٥ - ص ٣٦ .

وأما انتقال تركة المورث إلى الوارث بما عليها من ديون ، فهذه النتيجة أيضاً لا يحتاج فيها الأستاذ إسماعيل غانم إلى الالتجاء لفكرة المجموع من المال التي تقوم عليها النظرية التقليدية للذمة المالية . وعنده أنه يمكن لتبرير ذلك أن نقول إن ديون الميت لا يجوز أن تنقضى دون وفاء ، وإلا أنهدم ركن الاثبات في التعامل وضاعت ثقة الدائنين في مدينتهم . فيجب إذن أن تبقى هذه الديون قائمة بعد موت المدين ، ولما كان لا بد لكل دين من مدين يتحمل به ، فمن ذا الذي يتحمل ديون الميت بعد موته ؟ لا شك في أن العدالة تقضي بأن المدين في هذه الحالة يجب أن يكون هو الوارث ، لا لأنه تستمر في شخصيته شخصية المورث كما تقول النظرية التقليدية ، بل لأنه هو الذي تلقى أموال مورثه دون مقابل ، فمن العدل إذن أن يتحمل أيضاً ديونه . فانتقال دين المورث إلى الوارث إنما يرجع إلى اعتبارات تحت للعدالة وللفتحة في التعامل لفكرة للدين ذاته إذ لا بد من أن يكون لكل دين مدين . ومن ثم لا نكون هنا أيضاً في حاجة إلى فكرة المجموع من المال التي تقول بها نظرية الذمة المالية لتبرير أن الدين ينتقل من المورث إلى الوارث^(١) .

بقى الحلول العيني . ويقول أنصار النظرية التقليدية إن الحلول العيني مبني على فكرة المجموع من المال ، فهذه الفكرة تؤدي إلى جعل العناصر التي يشتمل عليها المجموع بمثابة أشياء مثلية يحل بعضها محل بعض . فإذا خرج مال معين من هذا المجموع ودخل بدله مال آخر ، حل هذا المال الآخر محل المال الأول حلولاً عينياً . ويستعرض الأستاذ إسماعيل غانم الفروض التي قبل إن الحلول العيني فيها يتحقق في المجموعات من الأموال ، فلا يرى لها شأناً عملياً هاما ، والخلاف فيها جدد محتمل . ففي الدعوى التي يرفعها الوارث الحقيقي على الوارث الظاهر ليسترد منه التركة ، إذا كان الوارث الظاهر قد باع مالا للتركة واشترى بثمنه مالا آخر ، فهناك خلاف في الرأي ، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن الوارث الظاهر لا يرد هذا المال الآخر بموجب فكرة الحلول العيني ، ولكن يرد ثمن المال الذي خرج من التركة بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب^(٢) .

(١) إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقه ٣٦ .

(٢) بودوى وقال في الميراث ١ فقرة ٩٢٥ ص ٧٠٢ .

ومهما يكن من أمر ، فقل أن يعرض في العمل هذا الغرض ، ولا توجد أحكام قضائية في هذه المسألة . وفي دعوى استرداد المفقود بعد ظهوره حيا لأمواله من حائزها ، فهناك رأى يذهب إلى أن الحائز إذا كان قد باع مالا منها واشترى به مالا آخر ، فإنما يفعل ذلك باعتباره نائبا نيابة قانونية عن المفقود ، فيسترد المفقود هذا المال الآخر بموجب أحكام النيابة لا بموجب أحكام الحلول العيني . وهذا الغرض أيضا قل أن يعرض في العمل ، فمن النادر جدا أن يظهر المفقود بعد أربعين عاما من غيابه ، ولا توجد هنا أيضا أحكام قضائية . وفي دعوى استرداد الواهب من تركته الموهوب له ما وهبه إياه ، نرى نص التقنين المدني الفرنسي (م ٢/٧٤٧) صريحا في أن الخاضع للاسترداد هو العين الموهوبة ذاتها وليس في هذا حلول عيني ، أو ثمنها الذي لا يزال مستحقا في ذمة المشتري وهذا يمكن تفسيره لا بالحلول العيني بل برغبة المشرع في تمكين الواهب عند المطالبة بالثمن من فسخ البيع إذا لم يدفعه المشتري . ويخلص الأستاذ إسماعيل غانم من هذا الاستعراض إلى القول بأن الحلول العيني لا يقوم أصلا على فكرة المجموع من المال ، وإنما يقوم على فكرة التخصيص لغرض معين . فإذا خصص مال ، سواء كان داخلا في مجموع أو كان منفردا ، لغرض معين ، فإن هذا المال يكون خاضعا لقواعد قانونية خاصة لتحقيق الغرض الذي خصص له المال . فإذا بيع هذا المال أو هلك ، وحل محله الثمن أو التعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية أو غير ذلك من البديل ، أو حل محله شيء آخر اشترى بالبديل ، فإن الذي حل محل المال يكون مخصصا لنفس الغرض الذي كان المال مخصصا له ، وتسرى عليه القواعد القانونية الخاصة التي كانت تسرى على المال الأول ، فالحلول العيني إذن يقوم على أساس الخضوع لنظام قانوني خاص وعلى أساس فكرة التخصيص لا على أساس المجموع من المال . ويرى الأستاذ إسماعيل غانم تقديم فكرة الخضوع لنظام قانوني ، في الحلول العيني ، على فكرة التخصيص ، فاللأول أساسا مخصص لنظام قانوني خاص حتى يحقق الغرض الذي خصص له^(١) . فالحلول العيني إذن لا شأن له بفكرة المجموع من المال ، ومن ثم لا محل لإقحام هذه الفكرة عليه .

(١) إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ٥٨ .

١٤٦ - فكرة الاندماج في الشخصية : وبهاجم الأستاذ إسماعيل غانم

أهم نتيجتين تستخلصان من اندماج النعمة المالية في الشخصية : عدم قابلية النعمة المالية للانفصال عن الشخص وعدم جواز تجزئتها أو تعددها .

أما عدم قابلية النعمة المالية للانفصال عن الشخص ، أى عدم قابلية النعمة المالية للتصرف فيها فيما بين الأحياء ، فيستخلص منها أوبرى ورو بطلان التصرف في التركة المستقبلية وعدم انتقال الديون إلى مشترى جميع الأموال الخاضعة للملوكة للبائع . والتصرف في التركة المستقبلية يصوره أوبرى ورو أنه تصرف فيما بين الأحياء في النعمة المالية ، ولكن الأستاذ إسماعيل غانم يعارض هذا التصوير ، إذ أن هذا التصرف لا ينفذ ولا ينتج أثراً إلا بعد الموت فهو إذن ليس تصرفاً فيما بين الأحياء ، وبطلانه يرجع إلى اعتبارات معروفة لا شأن لها بالتصرف في النعمة المالية . ومشتري الأموال الخاضعة للملوكة للبائع إنما اشترى أموالاً معينة ولم يشتر ذمة مالية ، والأصل في هذه الحالة عدم انتقال الديون إلا إذا اشترط خلاف ذلك ، فلا علاقة إذن لهذه المسألة بمسألة التصرف في النعمة المالية . ويستخلص الأستاذ إسماعيل غانم من ذلك أنه لا ترتب نتائج عملية على القول بأن النعمة المالية لا يجوز التصرف فيها فيما بين الأحياء ، ومن ثم لا حاجة للقول باندماج النعمة المالية في الشخصية للتوصل بذلك إلى القول بأن النعمة المالية لا يجوز التصرف فيها في حال الحياة (١) .

وأما عدم جواز تجزئة النعمة المالية أو تعددها ، فهذه هي أضعف نقطة في النظرية التقليدية ، لأن النعمة المالية قد تنجز أو قد تعدد بحسب ما يخضع له المال من نظام قانوني خاص . ويعدد الأستاذ إسماعيل غانم الأمثلة ، ويبدأ بالقانون التجاري . ففي هذا القانون ، تنجز النعمة المالية إذا تحلى صاحب السفينة عنها للدائنين ، فعند ذلك تنفصل السفينة عن سائر أمواله ، وتنجز ذمته المالية إلى ذمتين . وتعدد النعمة المالية إذا كسب المفسد ، قبل إقفال التعليل ، مالا من عمله أو من تجارة جديدة يباشرها ، فيكون المال الذي كسبه ذمة مالية مستقلة عن ذمته المالية الأصلية التي خضعت للتعليل . وفي القانون المدني ، تعدد ذمة الوارث المالية ، إذ يضاف إلى ذمته الأصلية ذمة

الموثر (أى تركته) ، وذلك عند ما يقبل الوارث الميراث بشرط الجرد في القانون الفرنسى ، وعندما يعين مصف للركة في القانون المصرى. وتتعدد فعة الموهوب له إذا كانت الهبة مقترنة بشرط عدم التصرف في الأموال الموهوبة ، فهذه الأموال التى لا يجوز التصرف فيها تكون فعة مالية منفصلة عن النمة الأصلية للموهوب له . كذلك تتعدد فعة الموهوب له أو الموصى له ، في القانون الفرنسى ، إذا وهب أو أوصى له مال بشرط نقل ملكيته إلى الغير (م ١٠٤٨-١٠٥٠ مدنى فرنسى : substitutions permises) . وتتعدد النمة كذلك إذا وهب المال أو أوصى له به بشرط استخدامه لأغراض خيرية معينة (fondation) . والنظام المالى للزواج ، في القانون الفرنسى ، قد يجرى النمة المالية . ففي نظام الاشتراك في الأموال (régime de communauté) ، تنفصل الأموال المشتركة (biens communs) عن الأموال الخاصة بكل زوج (biens propres) . وفي نظام الدوطة (régime dotal) تنفصل أموال الدوطة (bien dotaux) عن الأموال الخاصة بالزوجة (biens paraphernaux) . فالنمة المالية إذن تتجزأ وتتعدد ، وذلك عن طريق تخصيص القانون أموالاً معينة لأغراض خاصة وإخضاع هذه الأموال لنظام قانونى خاص يحقق الغرض الذى خصص له المال . وليس الشخص حراً بإرادته وحده أن يجرى فتمته المالية أو يعددها على هذا النحو ، بل لابد من تدخل القانون في ذلك ، فهو الذى يضع النظام الخاص للأموال التى خصصت لأغراض معينة^(١) .

وإذ هدمت النتيجةتان الرئيسيتان المستخلصتان من اندماج النمة المالية في الشخصية — عدم جواز التصرف في النمة المالية في حال الحياة وعدم جواز تجزئة النمة المالية أو تعددها — فقد أنهىم الأساس نفسه الذى قامت عليه النتيجةتان ، وهو اندماج النمة المالية في الشخصية^(٢) . وقد عارض الأستاذ

(١) إسماعيل غانم رسالته في النمة المالية فقرة ١٠٠ .

(٢) إسماعيل غانم رسالته في النمة المالية فقرة ١٠١ ص ١٧٥ .

إسحاق غانم من قبل ، كما رأينا ، فكرة المجموع من المال ، فلا تقوم اللمة المالية إذن في رأيه على أى أساس^(١) .

١٤٧ - (إلى أى حد يمكن القول بعدم النظرية التقليدية في المزمة المالية ، ومهما يكن من شأن الاعتراضات التى وجهت إلى النظرية التقليدية لللمة المالية ، فليس من اليسر القول بأن هذه النظرية قد هضمت نهائياً . فهى ، في نظرنا ، لا تزال قائمة في أحد شقها وهو الشق الخاص بفكرة المجموع من المال . أما الشق الآخر الخاص بفكرة الاندماج في الشخصية ، فهنا يمكن القول بأن النظرية التقليدية أصبحت غير قائمة .

١٤٨ - بقاء النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة المجموع من المال : لا تزال فكرة اندماج أموال المدين وديونه في مجموع معنى مستقل عن الأموال التى يشتمل عليها فكرة منتجة ، ولا تزال هى الفكرة السائدة حتى اليوم . والمعلول الذى أريد هدمها به هو الاتجاه إلى فكرة أخرى ، فكرة تقسيم الالتزام إلى عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية . وليست هذه الفكرة الأخيرة بأبسط ولا أفضل من فكرة المجموع المعنوى . هذا إلى أن كلا من الفقه الفرنسى والفقه المصرى لم يتقبل فكرة المديونية والمسؤولية بالرحابة التى تقبل بها فكرة المجموع المعنوى . ولا يمكن القول بأن فكرة المديونية والمسؤولية قد استقرت في الفقه الفرنسى ولا في الفقه المصرى ، حتى تمكن الاستعاضة بها عن فكرة استقرت وتمكنت في كل من الفقهاء ، وكاد يكون التسليم بها من الأمور البديهية . ففكرة المديونية والمسؤولية فكرة مصدرها.

(١) وهو يقول في هذا المعنى : « والنتيجة التى يمكن استخلاصها من كل ذلك هى أن اللمة المالية ليست إلا مجرد لفظ تنحصر فائدته في اختصاصه . فبدلاً من أن نقول : مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في وقت معين ، يمكن أن نقول : اللمة المالية للشخص » (إسحاق غانم في النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ١٤١ - ١٢٢) .

انظر أيضاً في تأييد هذا الرأي : منصور مصطفى منصور في الحلول المعنى فقرة ٢٣ ص ٣٤ وفقرة ٣٤ ص ٣٦ هامش ٢ - شمس الدين الوكيل في النظرية العامة للحق ص ١٥٦ وما بعدها وفي نظرية التأمينات سنة ١٩٥٦ فقرة ٨ .

وانظر في وجوب استبقاء نظرية اللمة المالية واستخلاص مبدأ الضمان العام للدائنين ومبدأ انحصار التركة بالوفاء من هذه النظرية : حسن كيرة فقرة ١٠ ص ٢٦ - ص ٣٢ .

الفقه الألماني ، وكان لها في كل من فرنسا ومصر طرافة الشيء الجديد . ولكن لم يقدر لها التمكن والاستقرار : وقد سلم بذلك الأستاذ إسماعيل غانم نفسه (١) . ويوجد ، إلى جانب ذلك ، سببان آخران يدعوان إلى التسك بفكرة المجموع من المال وعدم الاستعاضة عنها بفكرة المديونية والمسئولية .

أما السبب الأول فيرجع إلى أن فكرة المجموع من المال هي الفكرة التي يقوم عليها تقسيم الخلف إلى خلف عام وخلف خاص ، وهو تقسيم بالغ الأهمية . فالخلف العام هو من انتقل إليه المجموع المعنوي من المال بما يشتمل عليه من حقوق وديون . أو انتقلت إليه حصة من هذا المجموع . أما الخلف الخاص فهو من انتقل إليه مال معين بالذات لا مجموع معنوي من المال ، دون أن تنتقل إليه الديون إلا بشروط معينة . والفرق كبير بين الخلف العام والخلف الخاص كما هو معروف ، فإذا هلمت فكرة المجموع المعنوي فعلى أي أساس يقوم إذن التمييز بين الخلف العام والخلف الخاص ؟

وأما السبب الثاني فيرجع إلى أن فكرة المجموع المعنوي ، وهي الفكرة التي قامت عليها القاعدة التي تنص بأن أموال المدين ضامنة لديونه ، لا تزال هي خير تفسر للدعوى غير المباشرة وللدعوى البوصية والدعوى الصورية ، وهي دعاوى أهميتها لا تنكر . فالدائن يكون له حق ضمان عام على أموال مدينه ، وهذا الضمان العام هو الذي يسوغ أن ينوب الدائن عن مدينه نيابة قانونية فيرفع باسمه الدعوى غير المباشرة ، وأن يجعل تصرف مدينه التمام على الغش أو على الضرورية غير نافذ في حقه ليرتجع المال الذي تصرف فيه المدين إلى ضمانه العام (٢) .

(١) إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ١٤ ص ٢٣ .

(٢) ولا يميز الأستاذ إسماعيل غانم أهمية لقيام الدعاوى الثلاث على مبدأ أن أموال المدين ضمان عام للدائنين ويقتصر في إحدى حواشي رسالته على أن يقول : « وتكاد تكون في غير حاجة إلى القول بأن الدعوى غير المباشرة والدعوى البوصية والدعوى الصورية وغيرها من الإجراءات التصرفية المختلفة لا تقتضى أصلاً قيام فكرة المجموع من المال . ففي مباشرة هذه الدعاوى أو القيام بهذه الإجراءات لا يفعل الدائن أكثر من التهديد لاستعمال حقه في الحجز ، فتتصل هذه الدعاوى والإجراءات بعلاقة المسئولية » (إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ١٧ ص ٣٠ هامش ١) . وقد سبق لنا أن أرددنا هذه الدعاوى الثلاث إلى فكرة الضمان العام للدائنين ، فقلنا في الجزء =

١٤٩ - انهزام النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة الاندماج في

الشخصية : ولكن يمكن القول ، كما قلنا ، إن النظرية التقليدية في اللمة المالية قد انهضت فيما يتعلق بفكرة الاندماج في الشخصية . فهذا المجموع المعنوي من أموال المدين وديونه شيء مستقل عن شخصه ، وقد ينفصل عنه (١) . والتبنيجان الرئيسيتان اللتان أراد أوبري ورو استخلاصهما من

= الثاني من الوسيط : « هذه الطرق ترد جميعها إلى أصل واحد ، هو الجبأ العام الذي تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهذا الضمان العام يحول الدائن أن يرقب أموال المدين ، كما دخل منها في ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضلته من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره... أما الدعاوى الثلاث فهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . ففي الأولى يدفع الدائن من نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه إذا يكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيأمر الدائن بنفسه حقوقه مدية نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، وبذلك يحافظ حل ضلته العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفي الثانية - الدعوى البولصية - يدفع الدائن من نفسه نتائج غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف في ماله إضراراً بحق الدائن ، فيظن الدائن في هذا التصرف ليعمله غير نافذ في حقه ، فيعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . وفي الثالثة - دعوى الصورية - يدفع الدائن من نفسه نتائج غش المدين أيضاً إذا عمد هذا إلى التظاهر بالتصرف في ماله فيخرج من الضمان العام بتصرف صوري ، فيظن الدائن في هذا التصرف بالصورية حتى يكتسب حقيقته ، ويستبقى بذلك مال المدين في ضلته العام تمهيداً للتنفيذ بحقه . فالدائن في هذه الدعاوى الثلاث إما أن يبقى في ضلته العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشرة ، وإما أن يعيد ما خرج بالدعوى البولصية ، وإما أن يستبقى ما لم يخرج إلا ظاهراً بدعوى الصورية . ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تتركز كلها في فكرة الضمان العام للدائنين » (الوسيط ٢ فقرة ٢٦ ص ٩٤٠ - ص ٩٤١) .

(١) ويقول الأستاذ شفيق شحاته في هذا المعنى : « فليست اللمة المالية صفة من صفات الشخص كما قال أوبري ورو ومن تبعهما من أنصار النظرية التقليدية . وعلى ذلك يجب استبعاد جميع النتائج التي ترتبها المدرسة القديمة على ذلك التكييف القانوني الخاطئ . أما أن اللمة المالية ليست وصفاً للشخص ففهوم حياً من قولنا إنها مجموعة من الحقوق . والريب أن فقهاء المدرسة التقليدية يعرفونها كذلك ، ثم ينصرفون عن هذا التعريف فيقولون إن اللمة مجرد معنى في الذهن (abstraction) وإنها الرعاء التي تستقر فيه الحقوق والالتزامات ، وإن الرعاء قد يوجد دون أن توجد حقوق أو التزامات ، وعلى ذلك تكون اللمة وصفاً اعتبارياً لا صفاتاً بالشخص ... أما أنها الرعاء التي ينظم الحقوق والالتزامات لا هذه الحقوق والالتزامات ببيتها ، فإن هذا الوصف يؤدي بنا إلى الخلط بين فكرة اللمة وفكرة الشخصية أو أهلية الوجوب . وقد غلط الفقهاء الإسلاميون فعلاً بين هاتين الفكرتين . فهم يقولون إن اللمة ظرف يستقر فيه الوجوب . وقد عرفها العزيز عبد السلام (من فقهاء الشافعية) بأنها تقدير أن الإنسان يصلح للالتزام والإلزام من غير تحق له . فاللمة وأهلية الوجوب عندهم شيء واحد ، ولذلك يقولون إن الإنسان يولد وله =

فكرة الاندماج في الشخصية ليستا صحيحتين كما تبين مما تقدم . فالذمة المالية قد تنفصل عن صاحبها في حال حياته ، كما أنها قد تنجزاً وقد تتعدد ، فلا محل إذن للقول بالاندماج الذمة المالية في شخص صاحبها . بل إننا نرى ، بالرغم من الرأي السائد في الفقه الفرنسي ، أن الذمة المالية ، كما تنفصل عن صاحبها ، قد لا تستند إلى شخص ما . فيقوم مجموع من المال ذمة مالية ، لا لشخص طبيعي أو معنوي ، بل يكون مجموع المال هو ذاته الشخص المعنوي . ويتميز عن الأشخاص الطبيعية المألوفة بأنه ليس مجموعاً من الأشخاص الطبيعية اندمجت في شخص معنوي ، بل هو مجموع من المال أصبح هو نفسه شخصاً معنوياً . وبخلاف الأمثلة لذلك نجددها في الوقف ، وفي المؤسسات ، وفي الشركة قبل سداد الديون في رأي من يقول بأنها في ملك المورث حتى تسدد الديون^(١) .

المبحث الثاني

الحلول العيني (*)

(La subrogation réelle)

١٥٠ - مذهب الحلول العيني : الحلول العيني بوجه عام يكون بخروج

= ذمة سالحة للوجوب له وعليه بخلاف سائر الحيوانات ، مما أدى بالمفسر إلى القول بأن الذمة أمر لا معنى له ولا حاجة إليه في الشرع ، وأنه من معتزلات الفقهاء يعبرون به عن وجوب الحكم على المكلف بشيئته في ذمته (من التلويح) ، (شفيق شحاتة فقرة ٦ ص ١٠ - ١١) .

(١) شفيق شحاتة فقرة ٦ ص ١٢ - قارن مع ذلك حسن كبيرة فقرة ٩ ص ٢٣ - ٢٤ .

(٥) مراجع : أوبري ورو وإسبان ٩ فقرة ٧٦ - هيلانيول وريبير وبيكار فقرة ٢٦ -

فقرة ٣٥ - بيدان وفواران ٤ - يتكاز تكله بودري جزء ٣ فقرة ٣٤٥ وما بعدها .

رسائل : Masseron رسالة من بودري سنة ١٨٧٦ - Paulmier رسالة من باريس

سنة ١٨٨٢ - Stora رسالة من باريس سنة ١٩٠١ - Aurange رسالة من جرينوبل سنة

١٩١٠ - Magalliant رسالة من ليون سنة ١٩١٢ - Henry رسالة من نائي سنة ١٩١٣ -

Bornet رسالة من ليل سنة ١٩٢١ - منصور مصطفى منصور رسالة (بالبرية) من القاهرة

سنة ١٩٥٣ (وطبعت في سنة ١٩٥٦) .

أبحاث : ديموج في الحلة الانتقادية سنة ١٩٠١ ص ٢٣٦ وما بعدها ص ٢٩٥ وما بعدها

وص ٣٤٦ وما بعدها - والحلة التفصيلية لقانون المئتي سنة ١٩١٢ ص ١٨٣ وما بعدها - كايستان

في الحلة التفصيلية لقانون المئتي سنة ١٩١٩ ص ٣٨٥ - ص ٤١٦ - Cerbon في الحلة التفصيلية

لقانون المئتي سنة ١٩٣٩ ص ٤٧ - ص ٦٤ .

مال من ذمة شخص ودخول مال آخر في نفس الذمة بدلا من المال الذي خرج ، فيحل المال الجديد محل المال القديم ويسرى عليه نفس النظام القانوني الذي كان سارياً على المال القديم .

وقد وضع أوبري ورو نظرية تقليدية في الحلول العينية ألحقها بنظريته في الذمة المالية ، إذ أوجب أن يكون الحلول العيني دائماً في مجموع معنوي من المال ، وبذلك تتلاقى نظرية الذمة المالية بنظرية الحلول العينية . وقد أخذ الفقه أخيراً ينتقد النظرية التقليدية في الحلول العينية ، ويقول بنظرية حديثة .

المطلب الأول

النظرية التقليدية في الحلول العينية

§ ١ - بسط النظرية التقليدية

١٥١- شروط الحلول العينية : يجب ، لتحقيق الحلول العينية ، توافر

شروط ثلاثة :

الشرط الأول - أن يكون هناك شخص واحد له مجموعان من المال أو أكثر . مثل ذلك الوارث الظاهر ، له مجموع المال الذي يملكه أصلاً ومجموع المال أو التركة التي وضع يده عليها دون حق . ومثل ذلك أيضاً الوارث بشرط الحرد في القانون الفرنسي ، له مجموعه الأصلي والتركة التي قبلها بشرط الحرد . ومثل ذلك أخيراً المرأة المتزوجة في القانون الفرنسي ، قد يكون لها مجموع من المال يمثل النوبة (biens dotaux) ومجموع آخر يمثل مالها الخاص (biens paraphernaux) ، كما قد يكون لها مجموع من المال يمثل المال المشترك بينها وبين زوجها (biens communs) ومجموع آخر يمثل مالها الخاص (biens propres) .

الشرط الثاني - أن يخرج مال معين ، في أحد هذين المجموعين أو هلمه المجموعات ، من ذمة الشخص . ويكون خروج المال إما بتصرف قانوني كما إذا باع الشخص هذا المال أو قابض عليه أو نزعته منه ملكيته ، أو بعمل مادي

كما إذا هلك المال بتعد فيكون المتعدى مسئولاً عن التعويض أو تكون شركة التأمين مسئولة عن دفع مبلغ التأمين .

الشرط الثالث - أن يدخل مال جديد في ذمة نفس الشخص بدلا من المال الأول . مثل ذلك أن يدخل ثمن المال القديم أو ما يشتري بهذا الثمن في ذمة الشخص ، أو يدخل عوض المقايضة ، أو يدخل التعويض عن نزع الملكية أو عن التعدى ، أو مبلغ التأمين ، أو ما يشتري بشئ من ذلك ، في ذمة الشخص .

١٥٢ - أثر الحلول العيني : يحل المال الجديد محل المال القديم في نفس المجموع الذى خرج منه المال القديم دون المجموع الآخر ، ويكسب المال الجديد الصفة القانونية التى كانت للمال القديم .

ويكون هذا على سبيل المجاز القانونى (fiction légale) ، وبموجب هذا المجاز تنتقل إلى المال الجديد الصفة القانونية (qualité juridique) التى كانت للمال القديم .

وتستعين النظرية التقليدية بقاعدتين تستعيرهما من أقوال المحشين (glossateurs) في القانون الرومانى . بموجب القاعدة الأولى، كل مال يدخل في مجموع قانونى من الأموال محل بحكم القانون محل المال الذى خرج ، وهذا يفضل تماثل عناصر الذمة المالية (longibilité des éléments du patrimoine) ، فالمال الذى دخل بمائل للمال الذى خرج . وبموجب القاعدة الثانية ، لا يتحقق الحلول العيني بحكم القانون إلا في مجموع من المال ، أما بالنسبة إلى مال معين بالذات فيجب لتحقيق الحلول العيني نص في القانون أو اتفاق فوى الشأن .

٢ § - انتقاد النظرية التقليدية

١٥٣ - أسس مبررة قامت عليها النظرية التقليدية : يمكن القول بأن النظرية التقليدية تقوم على أسس ثلاثة : (١) الأصل التاريخى ، إذ هى تنسب إلى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، وسرى أن هذه النسبة غير صحيحة . (٢) التمييز بين المجموع من المال حيث يتحقق الحلول العيني

بحكم القانون ، والمال المنفرد بذاته حيث لا يتحقق الحلول العيني إلا بموجب القانون أو الإرادة . وسنرى أن هذا التمييز أيضاً لا يقوم على أساس . (٣) كسب المال الجليد الصفة القانونية التي كانت للمال القديم وذلك على سبيل المجاز القانوني . وسنرى ألا محل للقول بالمجاز القانوني في الحلول العيني .

١٥٤ - الرُّمُلُ التاريخي - عدم صحة نسبة النظرية التقليدية إلى القانون

الروماني والقانون الفرنسي القديم : تلخص النظرية التقليدية في قاعدتين . أولاها تقضي بأن الحلول العيني يتحقق بحكم القانون في المجموع من المال ، والاخرى تقضي بأن المال المنفرد بذاته لا يتحقق فيه الحلول العيني إلا بنص أو اتفاق . وتنسب القاعدة الأولى إلى القانون الروماني ، أما القاعدة الأخرى فنسب إلى القانون الفرنسي القديم .

فقد قيل إن القانون الروماني كان يقضي بتحقيق الحلول العيني بحكم القانون في دعوى الإرث (petitio hereditatis) وفي الإحلال العيني (substitution fidéicommissaire) . ففي دعوى الإرث ، قيل بأن ثمن الشيء المبيع من التركة محل عمله ، وكذلك محل الشيء الذي اشترى بنقود من التركة محل هذه النقود . ثم قيل إن هذا الحكم الخاص بالتركة عم بعد ذلك حل كل مجموع آخر من المال ، استناداً إلى نص في الموسوعة . ولكن المتابع لأحكام القانون الروماني في هذه المسألة لا يلبث أن يبين أن الرجوع إنما يكون بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة ، لا بموجب الحلول العيني . أما الإحلال العيني فصورته أن يكلف شخص شخصاً آخر قد تلقى مالا من تركته ، ويسمى المكلف (grevé) ، بأن يرد هذا المال عند وفاته إلى شخص ثالث يسمى المستحق العيني (appelé) . فإذا تصرف المكلف في بعض ما تلقاه من المال واشترى بثمنه مالا آخر ، وجب عليه أن يرد هذا المال الآخر عند وفاته إلى المستحق العيني ، وبذلك يكون الثمن قد حل محل المال الذي باحه المكلف : وحل الشيء الذي اشتراه محل الثمن . وهذا لا شك حلول عيني ، ولكن لا شأن له بمجموع المال ، فقد يكون الشيء المهود برده شيئاً منفرداً بذاته لا مجموعاً من المال ، فلذا يبيع واشترى بثمنه شيء آخر حل هذا الشيء الآخر محل الشيء الأول . ويتبين من ذلك أن القانون الروماني كان لا يعرف الحلول العيني

في المجموع من المال ، فدعوى الإرث بعبارة عن أن تقرر هذه القاعدة ، والإحلال العهدي ، بقرار حلولاً عينياً شاملاً لا حلولاً في مجموع من المال . وإنما هم المحشون (glossateurs) الذين نسبوا إلى القانون الروماني ما ليس منه .

أما القاعدة الثانية التي تقضى بأن في الشيء المنفرد بذاته لا يكون هناك حلول صيني إلا بنص أو اتفاق ، فقد خرج القانون الفرنسي القديم عليها ، وتوسع في الحلول العيني فأقره فيما لم يرد فيه نص ولا اتفاق - فليس إذن صحيحاً ما قيل من أن هذه القاعدة قد ألزمها القانون الفرنسي القديم .

١٥٥ - التمييز بين المجموع من المال والمال المنفرد بزمانه لا يقوم

على أساس : سمى الفقه الفرنسي التقليدي الحلول العيني في مجموع من المال بالحلول العام ، والحلول العيني في مال منفرد بذاته بالحلول الخاص . والتطبيقات التي توردها النظرية التقليدية للحلول العام ليست صحيحة ، فهي إما أن تكون تطبيقات خاطئة ، أو هي تطبيقات للحلول الخاص لا للحلول العام . فلا يوجد إذن تطبيق صحيح للحلول العام ، ومن ثم يصبح التمييز بين الحلول العام والحلول الخاص لا يقوم على أساس .

فن التطبيقات الخاطئة للحلول العام حالة رجوع الوارث الحقيقي حل الوارث الظاهر ، فيسترد الوارث الحقيقي من الوارث الظاهر ما حصل عليه هذا الأخير من متاعيل لبعض أموال التركة . وقد قيل في هذه الحالة إن المقابل الذي دخل التركة قد حل حلولاً عينياً محل المال الذي خرج منها . ولكن الصحيح أنه يجب التمييز بين فرضين . فلما أن يكون الوارث الظاهر قد كسب المقابل تعويضاً عن عمل غير مشروع أو عن نزع الملكية ، فالمقابل يكون له من حق الوارث الحقيقي ، لا يحكم الحلول العيني : بل يحكم أن هذا الوارث هو المالك الحقيقي الذي احتل على ملكه أو نزعت ملكيته . وإما أن يكسبه الوارث الظاهر المقابل بموجب تصرف قانوني ، فيكون أساس الرد إلى الوارث الحقيقي الإثراء بلا سبب إذا كان الوارث الظاهر حسن النية ، أو العمل غير المشروع إذا كان سيئ النية ، وليس الأساس على كل حال الحلول العيني . ومن التطبيقات الخاطئة أيضاً حالة بيع التركة . فقد قيل إن بائع

التركة ، إذا كان قد باع من قبل شيئا مما اشتملت عليه ، يلتزم بأن يرد للمشتري ما حصل عليه من مقابل ، أى ثمن ما يبيع من أموال التركة والأموال التى اشترى بتقود متحصلة منها والأموال التى كسبت مقايضة على أموال التركة ومبالغ التعويض ومبالغ التأمين التى تستحق عن هلاك الأموال الموروثة ، وذلك كله على أساس الحلول العينية . والصحيح أن أساس الرد هنا هو إرادة المتعاقدين المفترضة لا الحلول العينية ، ذلك أنه إذا كانت بعض الأموال قد تبدلت فى التركة المبعة فالقانون يفترض أن المشتري يعلم بحدوث هذه التبدلات وأنه قبل شراء أموال البذل^(١) . ومن التطبيقات الخاطئة أخيراً حالة التصرف فى المجموعات المادية ، كمكتبة أو قطيع ، فلو باع شخص مكتبة أو قطيعاً من النخ ، وقبل التسليم إلى المشتري تصرف فى بعض الكتب أو فى أفراد القطيع معاوضة ، فقد قيل إن المقابل محل محل الأصل فى المجموع المادى ويجب تسليمه للمشتري ، على أساس الحلول العينية . والصحيح أنه لا محل للحلول العينية ، ويجب القول بأن بائع المكتبة أو القطيع لا يحق له التصرف بعد أن باع ، وإذا تصرف فلن تصرفه يكون صادراً من غير مالك ، ولا ينفذ فى حق المشتري .

بقيت التطبيقات التى هى فى الواقع تطبيقات للحلول الخاص لا للحلول العام . فهنا حالة أموال المفقود فى يد الوارث إذا تصرف الوارث فى بعضها بمقابل ، فإن هذا المقابل محل حلولاً عينياً محل المال المتصرف فيه . ولكن لسنا فى حاجة هنا إلى اشتراط أن يكون ذلك فى مجموع من المال ، ولا يتغير الحكم لو نظرنا إلى المال المتصرف فيه منفرداً بذاته لا عنصراً فى مجموع ، فإن المقابل محل محله حلولاً عينياً فى جميع الأحوال . وبذلك يكون هذا التطبيق لأنما هو تطبيق للحلول الخاص لا للحلول العام . وكذلك الأمر فى حالة قبول التركة بشرط الجرد ، فما خرج من أموال هذه التركة محل مقابله محله . ومناط تحقيق الحلول هنا هو خضوع الأموال لنظام قانونى خاص ، فلا أهمية لوصف

(١) ويقول الأستاذ منصور مصطلح منصور فى هذا الصدد : « وما يقطع بأن أساس الرد ليس الحلول أن البائع يلتزم برد ثمن ما باعه من أموال التركة ولو كان قد قبضه ، وبالتالي اختلط بباقي أمواله ، مع أن للسلم أنه يلزم لتحقيق الحلول أن يكون المال المستبدل محظوظاً بذاتيته المتميزة وهو شرط متخلف فى هذا القرض » (منصور مصطلح منصور فى الحلول العينية فقرة ٣٧ ص ٥٣) .

هذه الأموال بأنها مجموع . ويكون الحلول هنا أيضاً حلولاً خاصاً ،
لا حلولاً عاماً .

١٥٦ - **دو محل للقول بالمجاز القانوني** : وتصف النظرية التقليدية
الحلول العيني بأنه مجاز قانوني ، وترتب على ذلك نتيجة المنطقية وهي عدم
جواز التوسع في تفسير النصوص المقررة للحلول العيني .

والواقع أن الحلول العيني ليس مجازاً ، ومعناه في جميع الأحوال إعطاء
المال المستبدل حكماً قانونياً ما كان ليأخذ بحسب القواعد العامة . وهذه المخالفة
للقواعد العامة لا تكفي وحدها لوصف الحلول العيني بأنه مجاز قانوني . وإنما
يكون الحلول العيني مجازاً قانونياً إذا هو افترض للشئ طبيعة تخالف طبيعته ،
فافتراض المنقول عقاراً مثلاً . ولكن الحلول العيني لا يفترض المنقول عقاراً ،
وإنما يقيمه منقولاً كما هو ، وإن كان يعطيه حكماً يخالف القواعد العامة ،
فأين هذا من المجاز ؟

وإذا أمكن رد أحوال الحلول العيني إلى قاعدة عامة ، انتفى عن الحلول ،
لا وصف المجاز فحسب ، بل أيضاً وصف أنه استثناء لا يجوز التوسع فيه .
ورد أحوال الحلول العيني إلى قاعدة عامة هو ما تكفلت به النظرية الحديثة ،

المطلب الثاني

النظرية الحديثة في الحلول العيني

§ ١ - بسط النظرية الحديثة

١٥٧ - **ماتاه للحلول العيني - الحلول العيني ليس مجازاً قانونياً** :
ترد النظرية الحديثة أحوال الحلول العيني بحكم القانون إلى حالتين : (الحالة
الأولى) عندما يكون هناك مجموع من المال واجب الرد ، وتراد معرفة العناصر
التي يشتمل عليها هذا المجموع لتكون محلاً للرد . في هذه الحالة إذا خرج أحد
هذه العناصر من المجموع قبل الرد ، وكان له مقابل ، فإن هذا المقابل يحل
بحكم القانون محل المال الذي خرج ويجب رده ضمن سائر عناصر المجموع .
(الحالة الثانية) إذا كان هناك شئ خصص لفرض معين ، ثم خرج من

ملك صاحبه بمقابل ، فإن هذا المقابل يحل بحكم القانون محل الشيء في نفس الغرض الذي كان الشيء مخصصا له من قبل . وفي غير هاتين الحالتين لا يتحقق الحلول العيني بحكم القانون ، وإنما يتحقق بموجب نص خاص أو بناء على اتفاق ذوى الشأن .

وليس الحلول العيني مجازا قانونيا . فهو لا يخلع على الشيء المستبدل طبيعة أخرى غير طبيعته ولا يغير من تكييفه القانوني . وإنما يقتصر على جعل هذا الشيء خاضعا للرد ضمن عناصر المجموع في الحالة الأولى ، وعلى تخصيصه لنفس الغرض الذي كان الشيء المستبدل به مخصصا له من قبل في الحالة الثانية^(١) .

١٥٨ - الحائز الأولى - مجموع من المال واجب الرد : يكون هناك حلول عيني بحكم القانون في المجموع من المال واجب الرد . ويتحقق ذلك في فروض مختلفة ، منها التركة تحت يد الوارث الظاهر إذا وجب ردها إلى الوارث الحقيقي ، ومنها بيع الوارث للتركة عندما يجب تسليمها للمشتري ، ومنها أموال المفقود إذا وجب ردها إليه عند ظهوره حيا . فإذا أخرج المطلوب منه الرد من مجموع المال الذي تحت يده شيئا بمقابل ، فإن هذا المقابل يحل بحكم القانون محل هذا الشيء ويجب رده مع سائر الأشياء التي يشتمل عليها المجموع . مثل ذلك أن يبيع الوارث الظاهر من أعيان التركة التي تحت يده شيئا ، ويقبض الثمن ، ثم يشتري بالثمن شيئا آخر ، فإن الثمن في هذا الغرض يحل بحكم القانون محل الشيء المبيع ، ثم يحل الشيء المشتري محل الثمن بحكم القانون أيضاً ، وإذا طالب الوارث الحقيقي الوارث الظاهر برد التركة ، وجب على هذا الأخير أن يردها إليه ويشمل الرد الشيء المشتري الذي حل محل الثمن . ومثل ذلك أيضاً أن يبيع الوارث التركة ، وقبل تسليمها للمشتري يهلك أحد أعيانها خطأ الغير فينتقاضى الوارث تعويضاً ، أو يهلك بغير خطأ فينتقاضى الوارث مبلغ تأمين مستحقاً بعقد تأمين ، فيحل بحكم القانون التعويض أو مبلغ التأمين محل العين التي هلك . وعندما يطالب مشتري التركة البائع بتسليمها ، يجب على هذا الأخير أن يسلم فيما يسلم التعويض أو مبلغ التأمين ، أو الشيء الذي اشتراه بالتعويض أو مبلغ التأمين ، إلى المشتري . ومثل ذلك أخيراً

(١) پلانزول وبيير وبيكار فقرة ٢٩ ص ٣٤ .

إذا نزع ملكية عين من أموال المفقود للمنفعة العامة ، واستولى الوارث واضح اليد على التعويض المستحق ، فإن هذا التعويض يحل بحكم القانون محل العين التي نزع ملكيتها . وإذا ظهر المفقود ، فإنه يسترد من الوارث فيما يسترد هذا التعويض ، أو ما عسى أن يكون الوارث قد اشتراه بهذا التعويض ونرى من ذلك أن الشيء يخرج من مجموع المال واجب الرد بطرق مختلفة . فقد يخرج بتصرف قانوني ، كبيع أو مقايضة ، فيحل الثمن أو الشيء الذي اشترى بالثمن أو بدل المقايضة محل الشيء الأصلي . وقد يخرج بواقعة مادية كالحلاك ، فيحل التعويض أو مبلغ التأمين محله . وقد يخرج بنزع الملكية ، فيحل التعويض كذلك محله .

ويجب ، حتى يتحقق الحلول العيني بحكم القانون في هذه الحالة ، أن يكون الواجب الرد هو مجموع من المال ، لا شيء منفرد بذاته . فإذا كان الشيء الواجب الرد شيئاً منفرداً بذاته ، فإن المقابل لا يحل محله خلواً عينياً بحكم القانون ، ويجب حتى يكون هناك حلول عيني أن يكون ذلك بموجب نص خاص^(١) أو بناء على اتفاق ذوي الشأن .

١٥٩ - المادة الثانية - شيء مخصص لغرض معين : إذا خصص شيء لغرض معين ، فإنه ينظر إليه باعتباره قيمة مالية بصرف النظر عن ذاتيته المادية . ويرتب على ذلك أنه إذا وقع ما يستوجب استغلال هذه القيمة المالية في شيء آخر يستبدل بالشيء الأول ، أو ما يجعل هذا الاستغلال نافعا ، واستبدل بالشيء الأول صاحبه شيئاً آخر ، فإن هذا الشيء الآخر يحل قانوناً محل الشيء الأول ، ويكون مخصصاً لنفس الغرض الذي كان الشيء الأول مخصصاً له . فذلك أن الغرض الذي خصص له الشيء الأول لا يزال قائماً ، فيبقى ويصبح الشيء الآخر مخصصاً له بدلاً من الشيء الأول . ونرى من ذلك أن الذاتية المادية للشيء غير مقصودة لذاتها في التخصيص للغرض ، والعبرة بالقيمة المالية . فإذا تجسست هذه القيمة في شيء مادي آخر ، كان من الطبيعي أن يبقى الغرض قائماً ومتصلاً بالشيء الجديد الذي تجسست فيه القيمة المالية ،

(١) انظر أسئلة للنص الخامس : م ٥٧٥/٢ تجاري فرنسي ، وم ٣٨١ تجاري مصري ، وم ٣٧ من قانون ١٣ يولي سنة ١٩٣٠ في فرنسا الخصاص بمقد التأمين .

ومن ثم يصبح هذا الشيء الحديد مخصصاً لهذا الغرض^(١) . والذي يعتد به في هذه الحالة هو فكرة التخصيص (affectation) ، لا فكرة الأصل (origine) التي اعتد بها في الحالة الأولى .

والأمثلة على ذلك كثيرة متنوعة . منها أن يهب شخص شخصاً آخر مالا أو يوصي له به ، على أن مخصص هذا المال لعمل معين من أعمال البر والإحسان . فهذا المال قد خصص لغرض معين ، فإذا باعه الموهوب له أو الموصى له به واشترى بتمنه مالا آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل بحكم القانون محل المال الأول ، ويصير مخصصاً لعمل البر الذي كان المال الأول مخصصاً له . ومن ذلك أيضاً الوقف في الشريعة الإسلامية ، فالمال الموقوف قد رصد لجهة معينة لا تنقطع ، فهو إذن مخصص لغرض معين . فإذا استبدلت بالعين الموقوفة عين أخرى ، حلت العين الأخرى بحكم القانون محل العين الموقوفة ، وصارت وقفاً على الجهة الخيرية نفسها دون حاجة إلى إشهاد جديد بالوقف . ومن ذلك أيضاً ملكية الأسرة ، فإذا اتفق أعضاء الأسرة الواحدة على تخصيص أموال معينة لتكون ملكاً للأسرة (٨٥١م مدني) ، فقد خصصت هذه الأموال لغرض معين . فإذا بيعت عين من هذه الأموال واشترى بشئها عين أخرى ، فقد حلت هذه العين الأخرى بحكم القانون محل العين الأولى ، وأصبحت داخلة في ملك الأسرة . ومن ذلك أيضاً المال الشائع المتفق على بقائه في الشيوع لمدة معينة ، فقد خصص هذا المال لغرض معين ومن أجل ذلك اتفق على بقائه في الشيوع . فإذا نزع ملكية هذا المال للمنفعة العامة أو هلك ، واشترى بالتعويض مال آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل قانوناً محل المال الأول ، ويصبح مثله باقياً في الشيوع . ومن ذلك أخيراً المال المرهون ، فإنه يصبح يرهنه مخصصاً لغرض معين هو تأمين الدين . فإذا هلك هذا المال خطأ الغير أو نزع ملكيته للمنفعة العامة ، فإن التعويض (أو مبلغ التأمين إذا كان المال مؤمناً عليه) يحل بحكم القانون محل المال المرهون ، ويصبح مثله محملاً بنفس التأمين .

(١) وفي هذا غريب من التناسخ ، فإن التقنية المالية ، التي كانت حائلة في شيء مادي معين بالذات ، حلت الآن في شيء مادي آخر ، كما قيل في تناسخ الأرواح من أنها تنقل من جسم إلى جسم آخر .

وررى من ذلك أن الشيء في هذه الحالة الثانية يخرج ويحل محله شيء جديد ، على النحو الذى رأيناه فى الحالة الأولى . فقد يخرج بتصرف قانونى كبيع أو مقايضة ، فيحل الثمن أو البديل محله . وقد يخرج بواقعة مادية كالحلاك ، فيحل التعويض أو مبلغ التأمين محله . وقد يخرج بنزع الملكية ، فيحل التعويض كذلك محله .

ومعنى أن محل الشيء الجديد حلولا عينيا محل الشيء القديم ، أنه يخضع لنفس النظام القانونى الذى كان الشيء القديم خاضعا له بحكم تخصيصه للغرض المعين الذى كان مخصصا له . فيصبح الشيء الجديد مثلا خاضعا لنظام الوقت كما كان الشيء القديم ، أو يصبح جزءاً من ملكية الأسرة ، أو يصبح باقيا فى الشبوع ، أو يصبح محلا للتأمين العيى ، إلى غير ذلك من النظم القانونية المختلفة التى كانت الأشياء القديمة خاضعة لها . وقد قلنا^(١) أن الحلول العيى ليس مجازاً قانونياً ، فهو لا يغير من طبيعة المال ولا يبدل من وضعه القانونى ، وإنما يجعل الشيء الجديد خاضعا لنفس النظام القانونى الذى كان الشيء القديم خاضعا له .

١٦٠ - رد مائى الحلول العيى إلى مائة واحدة هى مائة المنفرد

نظام قانونى معين : ومن أجل ذلك أخذ بعض الفقهاء الحديثين^(٢) بفكرة مبسطة فى الحلول العيى . فعند هؤلاء الفقهاء لا توجد إلا حالة واحدة فى الحلول العيى تضم الحالين المتقدمين الذكر . فحيث يخضع المال ، سواء كان مجموعاً من المال أو كان مالا منفرداً بذاته ، لنظام قانونى خاص بسبب تخصيصه لغرض معين ، فإن يبدل هذا المال محل بحكم القانون محله ، فيخصص لنفس الغرض ، ويخضع لنفس النظام القانونى الخاص . يستوى فى ذلك المجموع من المال الواجب الرد فإن هذا المجموع مخصص للرد وخاضع لنظام قانونى خاص ، والمال المنفرد بذاته فهو أيضاً مخصص لغرض معين وخاضع لنظام

(١) انظر آتفا فقرة ١٥٧ .

(٢) نظرا إيماناً فى الأسبوع القضائى ١٩٢٨ ص ٦٦ - دى باج ٥ فقرة ٣٩٤ وما بعدها - ميدان وثواران ٤ فقرة ٤٢ وما بعدها - منصور مصطفى منصور فى رسالته فى الحلول العيى - إسحاق غانم فى رسالته فى الذمة المالية فقرة ٥٨ .

قانونى خاص . فتتلاقى الحالتان إذن فى حالة واحدة ، هى حالة الخضوع لنظام قانونى خاص بسبب التخصيص لفرض معين .
ويظهر التخصيص كما قلنا منذ خضوع المال لنظام قانونى خاص ، أى لمركز قانونى يختلف عن المركز القانونى الذى تخضع له الأموال بصفة عامة . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا الصدد : « ويظهر التخصيص إذا خضع المال لمركز قانونى يختلف عن المركز القانونى الذى تخضع له باقى أموال الامة . فقد يكون المال غير جائز التصرف فيه ، أو غير جائز التصرف فيه إلا بقيود معينة كالحصول على إذن شخص آخر . وقد تكون منفعة المال لغیر مالكة . وقد يكون المالك هو صاحب الحق فى التصرف أو فى الإدارة على خلاف الأصل ، كما هو الحال بالنسبة للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة فى القانون المصرى والزوجة فى القانون الفرنسى بالنسبة للأموال المكتسبة من العمل الخاص . وقد يكون لبعض الدائنين على المال حقوق تفضى تمييزهم ، على خلاف الأصل ، عن باقى الدائنين ، وهو ما يتحقق بالنسبة للتأمينات العينية جميعا . بل إن الحق قد يكون لشخص لا يعتبر دائنا لمالك المال الذى يرد عليه ، كما هى الحال بالنسبة لحق الدائن المرتهن لعقار غير مملوك لمدينه . فى هذه الأحوال نجد أن الال مركزاً قانونياً خاصاً ، وبذلك يعتبر مخصصاً بالمعنى الذى ينطأ به الحلول العينية»^(١) .

§ ٢ - تطبيقات للحلول العينية فى القانون المدنى المصرى

١٦١ - عدم وضع قاعدة عامة للحلول العينية فى القانون المدنى

المصرى : لا يوجد فى القانون المدنى المصرى قاعدة عامة للحلول العينية ، وقل أن توجد هذه القاعدة العامة فى قوانين البلاد الأخرى^(٢) .

(١) منصور مصطفى منصور فى رسالته فى الحلول العينية ص ١٣١ - وانظر فى شروط الحلول العينية نفس المرجع ص ١٢٦ - ص ١٣٢ وص ١٤١ - ص ١٥٤ - حسن كيرة فقرة ٤٤ .

(٢) فلا توجد إلا تطبيقات متناثرة للحلول العينية فى التقنين المدنى الفرنسى ، وكذلك الحال فى التقنين المدنى الإيطالى والتقنين المدنى الأسبانى والتقنين المدنى البرتغالى والتقنين المدنى السويسرى . ولا توجد قاعدة عامة فى الحلول العينية إلا فى التقنين المدنى الألمانى : انظر المواد ١٣٧٠ و ١٤٧٣ و ١٥٢٤ و ٢٠٤١ و ٢١١١ و ٢٣٧٤ من هذا التقنين (پلانويول وريبير ويكار ٣ فقرة ٢٥) .

ولم يحن الوقت بعد لوضع قاعدة تشريعية عامة في الحلول العينية ، والأولى أن تترك هذه المسألة للفقه والقضاء حتى يتم تطورها ، وتصبح قابلة لأن يحتوبها تشريع مستقر ثابت .

ومع ذلك فإن التقنين المدني المصري قد اشتمل على طائفة من النصوص تقرر الحلول العينية في كثير من الحالات ، وهذا التقنين هو من أكثر التقنينات تعمها للقواعد التي تقرر الحلول العينية^(١).

فنبداً بعرض النصوص الواردة في التقنين المدني المصري مقررة للحلول للعينية ، ثم نعرض لتطبيقات أخرى للحلول العينية لم يرد في شأنها نص .

١٦٢ — نصروس في التقنين المدني المصري تقرر الحلول العينية :

هناك طوائف ثلاث من النصوص في التقنين المدني المصري تقرر الحلول العينية : (الطائفة الأولى) وهي أهمها وأكثرها ، وتقرر انتقال التأمينات العينية من العين التي كانت مثقلة بهذه التأمينات إلى العوض الذي حل محلها عينا محل هذه العين . وهذا العوض قد يكون الثمن ، أو التعويض من التلف ، أو مبلغ التأمين ، أو التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، أو أى عوض آخر محل محل العين .

(١) ويقول الأستاذ منصور مصطفي منصور في هذا الصدد : « وبالرغم من تقدم الدراسات نسبياً في هذا الصدد ، فنعقد أن الوقت لم يحن بعد لتقرير نظرية الحلول العينية تقريراً تشريعياً . ولذلك نجد إثنائون المدني — وهو من أحدث القوانين — يملك نفس السبيل في تجنب وضع نظرية عامة شاملة لكل صور الحلول العينية ، وهو مسلك موفق . كما وفق المشرع المصري أيضاً إذ ذهب أكثر من غيره إلى التمسك عند وضعه للقواعد التي تقرر الحلول العينية في بعض صور التخصيص . فنبده مثلاً بقرار حلول ما يستبدل بالأموال المحملة بتأمينات عينية محلها ، أيا كان التأمين العيني ، وأيا كان المقابل . كما أنه يقرر حلول كل ما يستبدل بالأموال المحملة بحقوق انتفاع محلها . إلا أنه مع ذلك لم يذهب إلى هذا الحد من التمسك في صور أخرى . فنبده مثلاً بقرار حلول الثمن محل المال المحبوس إذا بيع لحشية الملاك أو التلف (م ٢٤٧/٣) دون أن يتعرض للصور الأخرى التي يتحقق فيها استبدال مال بالمال المحبوس ، وتقتضى حماية من له الحق في الحبس انتقال حقه إلى المال المستبدل كما لو كان يصدد تعويض عن هلاك المال المحبوس . بل إنه سكت سكوتاً تاماً في بعض صور التخصيص ، فلم يتعرض لحكم الأموال التي تستبدل بالأموال التي اشترط عدم جواز التصرف فيها والأموال المكونة للذخيرة مثلاً (منصور مصطفي منصور في الحلول العينية ص ١٧٥ — ص ١٧٦)

وتبدأ بالمادة ١٠٥٦ مدني ، وهي تقرر المبدأ العام في الرهن الرسمي ، فتتص على أن « يستوفي الدائتون المرتهون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ، ولو كانوا قد أجروا التقيد في يوم واحد » . وتطبيقاً لذلك تنص المادة ١٠٤٩ مدني على أنه « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة » . وتطبيقاً لذلك أيضاً تنص المادة ٢/١٠٣٩ مدني على ما يأتي : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ... » . وأورد التقنين المدني أيضاً تطبيقاً خاصاً برهن المبانى القائمة على أرض الغير رهناً رسمياً ، فنصت المادة ١٠٣٨ مدني على أنه « يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفي هذه الحالة يكون للدائنين المرتهين حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأتقاص إذا خدمت المبانى ، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى وفقاً للأحكام الخاصة بالاتصاق » .

هذا فيما يتعلق بالرهن الرسمي . وأما فيما يتعلق بحق الاختصاص ، فقد نصت المادة ١٠٩٥ مدني على أن « يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام ، وبخاصة ما يتعلق بالتقيد وتجديده وعوّه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة » . ولم يرد في شأن حق الاختصاص أحكام خاصة تتعارض مع النصوص التي سبق أن ذكرناها في انتقال الرهن الرسمي إلى عوض العقار المرهون ، ومن ثم فإن هذه النصوص تنطبق على حق الاختصاص انطباقاً على حق الرهن الرسمي .

وفما يتعلق برهن الحيازة نصت المادة ٢/١١٠٢ مدني على ما يأتي :
« وتسرى على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك

الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق . وهذا نص عام ينقل أحكام الحلول العيني في الرهن الرسمي إلى رهن الحيازة . وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١١١٩ مدني على أنه « ١ - إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كافٍ لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، يجوز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو يسعره في البورصة أو السوق . ٢ - ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه » . ثم ورد تطبيق خاص فيما يتعلق بالدين المرهون رهن حيازة ، فنصت المادة ١/١١٢٨ مدني على أنه « إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتين والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى اللدين إيداع ما يؤديه ، وينقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه » .

وفيما يتعلق بحقوق الامتياز على عقار ، نصت المادة ١/١١٣٤ مدني على أن « تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالتأخير الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق .. » . ومن ثم تطبيق النصوص الخاصة بالحلول العيني في الرهن الرسمي والتي سبق ذكرها ، على حقوق الامتياز على عقار . وقد أكدت ذلك المادة ١٠٣٥ مدني حين نصت على أن « يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه » .

وفي عقد التأمين من الحريق ، طبقت المادة ١/٧٧٠ مدني الحلول العيني على مبلغ التأمين ، فنصت على أنه « إذا كان الشيء المؤمن عليه مثلاً برهن حيازي أو رهن تأميني أو غير ذلك من التأمينات العينية ، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين » .

وفي الشفعة ، طبقت المادة ٩٤٧ مدني الحلول العيني ، فنقلت التأمينات العينية من العقار المشفوع فيه إلى ما حل محله من الثمن ، إذ نصت على أنه « لا يسرى في حق الشفعين أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخلاقي ضد المقتري ولا أي بيع صدر من المقتري ولا أي حق عيني ربه أو ترتب ضلعه » .

إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى جعل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة .
ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري
من ثمن العقار^(١) .

(الطائفة الثانية) وهى خاصة بالحق فى الحبس ، فهو ينتقل من الشيء
إلى ثمنه بحكم الحلول العيني . وقد نصت المادة ٣/٢٤٧ مدنى فى هذا المعنى
على ما يأتى : « وإذا كان الشيء المهبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فلحابس
أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام للنصوص عليها فى المادة
١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه^(٢) .

(الطائفة الثالثة) وهى خاصة بحق الانتفاع ، فينتقل هذا الحق من الشيء
إلى عوضه بحكم الحلول العيني . وقد نصت المادة ١/٩٩٤ مدنى فى هذا
المعنى على ما يأتى : « ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا
الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض^(٣) .

١٦٣ - تطبيقات أخرى للحلول العيني فى القانون المدنى المصرى

لم يرد فى شأنها نص : وليس النصوص التى أوردناها فيما تقدم هى كل
تطبيقات الحلول العيني فى القانون المدنى المصرى ، فهناك تطبيقات أخرى لم
يُرد فى شأنها نص ، ولكن تسرى عليها القاعدة العامة فى الحلول العيني التى
تقرها النظرية الحديثة فيما قدمنا . ونذكر من هذه التطبيقات ما يأتى :

١ - الأموال الموقوفة : لم يرد فى هذا الشأن نص فى التقنين المدنى ،
سوى أن المادة ٣/٥٢ نصت على اعتبار الوقف شخصاً معنوياً . أما قانون
الوقف فقد نص صراحة فى المادة ١٤ منه على أن العقار أو المقتول الذى يشتري
بأموال بدل العين الموقوفة « يحل محل العين الموقوفة » ، وهذا هو الاستبدال

(١) انظر فى هذه الطائفة الأولى من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفى
منصور فى الحلول العيني ص ٢١١ - ص ٢٣٥ - حسن كيرة ص ١٣٩ - ص ١٤٣ - وقارن
إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ١٢٣ هامش ١ .

(٢) انظر فى هذه الطائفة الثانية من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفى
منصور فى الحلول العيني ص ٢٤٥ - ص ٢٥٣ .

(٣) انظر فى هذه الطائفة الثالثة من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفى
منصور فى الحلول العيني ص ٢٥٤ - ص ٢٦٦ .

المعروف في نظام الوقف . وكلامنا هنا مقصور على الوقف الخيري ، بعد إلغاء الوقف الأهلي . فأموال البذل ، كائناً والتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ، تحمل بحكم القانون حلولاً عينياً محل العين الموقوفة . وما يشترى بأموال البذل من عقار أو منقول محل هو أيضاً بحكم القانون محل أموال البذل ، ويصبح موقوفاً بمجرد الشراء . ذلك أن العين الموقوفة ابتداءً قد خضعت لمركز قانوني خاص يقضي بعدم جواز التصرف فيها وبصرف غلبتها لجهة معينة ، إذ أنها خصصت لغرض معين . ومن ثم فإن العين التي تشتري بدلاً منها تحمل محلها حلولاً عينياً بحكم القانون ، فتصبح وقفاً على نفس الجهة^(١) . ولا حاجة لإشهاد بوقف جديد حتى تصبح العين المشتراة موقوفة ، بل إن مجرد الشراء يجعلها وقفاً كما سبق القول .

٢- أموال المؤسسة : أموال المؤسسة ، كالأموال الموقوفة ، مملوكة لشخص ممنوع ، وهي مثلها خاضعة لمركز قانوني خاص لأنها مخصصة لغرض معين هو عمل من أعمال البر أو النفع العام . وقد نصت المادة ٦٩ مدني في هذا المعنى على أن « المؤسسة شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال ، مدة غير

(١) انظر في هذا المعنى منصور مصطفي منصور في الحلول المعنى ص ١٧٧ - ص ١٨٣ - وقد قيل إن مال البذل إنما يخضع للقواعد الخاصة التي كان يخضع لها المال المبذل لا لأنه حل محله ، بل لمجرد أنه مملوك للوقف إذ الوقف شخصي ممنوع (إسماعيل غانم في اللغة المالية ص ١٠٥ هامش ٢) . ويقول الأستاذ منصور مصطفي منصور في الإجابة على هذا الاعتراض : « وهو قول مردود ، إذ لا يمكن قبوله إلا إذا كان الشخص الممنوع لا يمكن أن يمتلك أموالاً أخرى غير الأموال الموقوفة ، أو كان الأصل أن ما يملكه يعتبر موقوفاً بحيث يثبت له هذا الوصف بمجرد تملك هذا الشخص له . ونرى أن كلا الأمرين غير صحيح . فالشخص الممنوع قد يملك أموالاً غير الأموال الموقوفة ، كأموال الفتلة قبل توزيعها على المستحقين ، والأموال التي تكتسب بفواصل الفتلة سواء قصد استغلالها أو كانت لازمة لاستغلال الأموال الموقوفة كآلات الزراعة والمواشي .. الخ . ومن ناحية أخرى فإن المال لا يعتبر وقفاً لمجرد أنه مملوك لجهة الوقف ، ذلك أن مناط اعتبار المال وقفاً هو حصول الإشهاد على ذلك وضبطه بالهيكلة الشرعية . فالأصل الذي تخضع له أموال الشخص الممنوع هو الحرية لا الحبس ، وهو ما يدعو إلى الحاجة إلى الحلول المعنى حتى يخضع مال البذل للمركز الخاص . وأخيراً فإن المراكز الخاصة قد تمتد لتعدد الأغراض التي يراد تحقيقها من الأموال الموقوفة في يد نفس الشخص الممنوع ، بحيث يجب دائماً الاحتفاظ بالفصل بين طوائف الأموال المخصصة لأغراض مختلفة ، فقد يفت شخص عدة أموال بعضها لتحقيق غرض معين والبعض الآخر لتحقيق أغراض أخرى . (منصور مصطفي منصور في الحلول المعنى ص ١٧٩ - ص ١٨٠) .

معينة ، لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لآى عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد إلى أربح مادي . وليس الوقف في الواقع من الأمر إلا مؤسسة تخضع للأحكام المعروفة في الشريعة الإسلامية . ويجوز الاستبدال في أموال المؤسسة كما يجوز الاستبدال في الأموال الموقوفة ، ويتحقق الحلول العيني في المؤسسة كما يتحقق في الوقف . فإذا استبدل بمال للمؤسسة مال آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل حلولاً عينياً محل المال الأول ، ويخضع للمركز القانوني الخاص الذي تخضع له أموال المؤسسة ، ويصبح محصلاً للأغراض التي كان المال الأول مخصصاً لها^(١) . وكلا الاستبدال الاختياري تبديل أموال المؤسسة جبراً ، كما لو نزع ملكيتها للمتفعة العامة ، أو هلكت بتعدد ووجب التعويض ، أو تلفت وكان مؤمناً عليها فاستحق مبلغ التأمين^(٢) .

٣- ملكية الأسرة : تنص المادة ٨٥١ مدني على أن « لأعضاء الأسرة الواحدة ، الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة . وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة ، وإما من أى مال آخر يملوك لم يتفقوا على إدخاله في هذه الملكية » . وتنص المادة ١/٨٥٣ مدني على أنه « ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لأى شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً » . وتنص المادة ١/٨٥٤ مدني على أن « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحداً أو أكثر ، وللمدير أن يخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعدل له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك » . ونرى من هذه النصوص أن ملكية الأسرة مال شائع بين أفراد الأسرة ، وقد خصص لغرض معين يرجع إلى

(١) ولا يترش هنا ، كما لا يترش في الوقف ، بأن المؤسسة شخص منقذ فالمال الذي يستبدل ويدخل في ملكها يصبح خاضعاً لنظامها ، لا يخضع للحلول العيني ، بل يخضع أنه أصبح مالا مملوكاً للمؤسسة . والرد على هذا الاعتراض هو نفس الرد على الاعتراض الذي رأيناه في الوقف (انظر منصور مصطفى منصور في الحلول العيني ص ١٨٥) .

(٢) انظر في هذه المسألة منصور مصطفى منصور في الحلول العيني ص ١٨٤ - ص ١٨٩

وحدة العمل أو المصلحة التي تجمع ما بين أفراد الأسرة ، وأخضع لمركز قانوني خاص يكفل تحقيق هذا الغرض . ويقضى هذا المركز القانوني بأنه لا يجوز للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لشريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي إلا بموافقة الشركاء جميعا ، ويعين من بين أفراد الأسرة مدير لهذا المال له سلطة واسعة في إدارته لتحسين طرق الانشاع به . فهذه شروط الحلول العيني كلها متوافرة . ويترتب على ذلك أنه إذا أبدلت عين من مال الأسرة عين أخرى ، بسبب تصرف قانوني أو هلاك أو نزع ملكية أو عند تأمين أو غير ذلك ، فإن هذه العين الأخرى تحمل محل العين الأولى حلولا عينيا بحكم القانون ، وتصبح مثلها جزءاً من مال الأسرة ، مخصصة لنفس الغرض ، وخاضعة للمركز القانوني الخاص الذي تخضع له مائر أموال الأسرة^(١).

٤ - الأموال التي لا يجوز التصرف فيها : قد تكون هناك أموال

لا يجوز التصرف فيها ، فتخضع لمركز قانوني خاص تحقيقا لغرض معين . من ذلك ما نصت عليه المادة ٨٢٣ مدني من أنه « ١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيًا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة . ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير » . ثم نصت المادة ٨٢٤ مدني على أنه « إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف يخالف له يقع باطلاً » . كذلك يكون المال غير جائز التصرف فيه بحكم القانون بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (م ٦١٦ مرافعات) ،

(١) انظر في هذه المسألة منصور مصطفي منصور في الحلول العيني ص ٢٠٥ - ص ٢١٠ - ويقول في النهاية : « فإذا صح ما ذهبنا إليه بالنسبة الملكية الأسرة ، فإنه يبرر أيضاً في الشروع المادي إذا اتفق على البقاء في الشروع مدة معينة ، وحيث لا يجوز طلب القسمة خلال هذه المدة . فإذا استبدل بمال من الأموال المملوكة على الشروع والتي تلام طبيعتها لاستقلال الأموال الأخرى بالآخر ، فإن المالك المستبدل يدخل بقرة القانون في الأموال الشائعة ، ويسرى بالنسبة إليه الاتفاق على البقاء في الشروع إلى أن تنتهي المدة المتفق عليها » (منصور مصطفي منصور في الحلول العيني فقرة ١٢٢ ص ٢١٠) .

إذ يصبح مخصصا لوفاء الدين وخاضعا لمركز قانوني خاص. ففي هذه الحالة وفي الحالة المتقدمة، يكون المال غير الخائز التصرف فيه مستوفيا لشروط الحلول العيني، فهو مال خاضع لمركز قانوني خاص إذ لا يجوز التصرف فيه، وكل تصرف يقع باطلا لأن عدم التصرف يعتبر تكليفا عينيا يتصل بذات المال. ثم هو مخصص لتحقيق غرض معين، قد يكون حماية مصلحة، وشروعة لمشترط عدم التصرف أو لمن تصرف له هذا المشترط أو للغير، وقد يكون وفاء دين يقد به على المال. فإذا أبدل بهذا المال مال آخر عن طريق التبديل الجبري، كان هلاك هذا المال أو نزع ملكيته للمنفعة العامة، أو حتى عن طريق التصرف القانوني كأن أذن القاضي في التصرف فيه بالرغم من عدم جواز التصرف لضرورة أو مصلحة كأن كان آيلا لنهلم وأريد بيعه أنقاضا أو كان قليل المنفعة ويمكن استغلال قيمته بطريقة أفضل، فإن المال الآخر يحل محل المال الممنوع التصرف فيه حلولا عينيا بحكم القانون، ويصبح خاضعا لنفس المركز القانوني الخاص فيصير هو أيضاً غير قابل للتصرف فيه، تحقيقاً لنفس الغرض الذي كان المال الأول مخصصاً له^(١).

٥- أموال القاصر من كسبه الخاص : تنص المادة ١/٦٣ من قانون الولاية على المال (المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) على أن « يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر بحلول المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته »^(٢). فكسب القاصر الذي بلغ السادسة عشرة من عمله هو مال خاضع لمركز قانوني خاص ، يتميز به عن سائر أموال القاصر . ففي حين

(١) انظر في هذه المسألة منصور مصطفي منصور في الحلول العيني ص ١٩٠ - ص ٢٠١ .

(٢) انظر أيضاً المادة ٦١ من قانون الولاية على المال ، وتنص على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يملك له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط » . وكذلك تنص المادة ٦٠ من نفس القانون على أنه « إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك إذنا له في التصرف في المهر والنفقة ، مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق » . وقد يؤذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في سلم بعض أمواله لإدارتها على وجه معين ، وقد يؤذن له في الاتجار ببعض ماله (انظر المواد ٥٤ - ٥٩ من قانون الولاية على المال) .

لا يستطيع القاصر التصرف في مائت أمواله أو إدارتها إلا بإذن الولي أو الوصي وفي حدود مقرر ، إذا به يستطيع الإدارة والتصرف دون إذن من أحد في كسبه من عمله الخاص ، ويستطيع أن يلتزم التزاما صحيحا في حدود هذا المال . وهذا المركز القانوني الخاص الذي أخضع له كسب القاصر من عمله يراد به تحقيق غرض خصص له هذا الكسب ، هو تشجيع القاصر على الكسب ما أمكنه ذلك وتدريبه في الوقت ذاته على التعامل في مال لم يتعلمه من رأس ماله وإنما حصل عليه من عمله . ومن ثم تكون شروط الحلول العيني متوافرة ، ويرتب على ذلك أنه لو أبدل مال من كسب القاصر الخاص مال آخر ، سواء كان ذلك بتصرف القاصر أو بهلاك المال أو بنزع ملكيته أو بغير ذلك من الأسباب ، فإن المال الآخر يحل بحكم القانون حلولا عينيا على المال الأول ، ويخضع لنفس المركز القانوني الخاص . وعلى ذلك يعتبر المال الآخر في حكم المال الذي كسبه القاصر من عمله ، وتسمى عليه أحكامه ، فيستطيع إدارته والتصرف فيه دون إذن ، تحقيقا لنفس الغرض الذي خصص له كسب القاصر^(١) .

٦- أموال التركة : إذا كانت التركة غير مدينة ، فلا شك في أن ملكيتها تنتقل بموت المورث إلى الورثة ، وتختلط أموالها بأموالهم الشخصية . فلا تعدد ذممهم المالية ، ولا يكون هناك مجال لإعمال الحلول العيني . أما إذا كانت التركة مدينة ، ولو بدين لا تستغرقها ، فهناك مبدأان يبدو في الظاهر أنهما متعارضان . المبدأ الأول يقضي بالآ تركة إلا بعد سداد الدين ، والمبدأ الثاني يقضي بانتقال ملكية أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث . ووجه التعارض هو أنه ما دمنا قد سلمنا بالآ تركة إلا بعد سداد الدين ، فكيف تنتقل ملكية أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث وقبل سداد الدين ؟ هذا التعارض ظاهري كما قلنا . فإن المعنى المقصود من المبدأ القائل بالآ تركة إلا بعد سداد الدين ، هو أن دائي التركة يستوفون حقوقهم أولا من أموال التركة ، مقدمين في ذلك على دائي الورثة ، ومقدمين على الورثة أنفسهم فلا يخلص هؤلاء ملكية أموال التركة إلا بعد أن يستوفى دائيها حقوقهم . ولكن ملكية هذه الأموال تنتقل - طبقا لبعض المذاهب في الفقه الإسلامي -

(١) انظر في هذه المسألة منصور مصطن منصور في الحلول العيني ص ٢٠٢ - ص ٢٠٤ .

إلى الورثة بمجرد موت مورثهم ، على أن تكون محملة بديون التركة فيصبح للورثة مالكن لأعيان التركة بمجرد موت مورثهم ، ولكن هذه الأعيان تكون محملة بحق عيني - أقرب إلى أن يكون حق امتياز - لمصلحة دائي التركة ، يستطيعون بموجبه أن يتقدموا في استيفاء حقوقهم من أموال التركة على دائي الورثة ، ويستطيعون بموجبه أيضاً أن يستوفوا حقوقهم بالرغم من أن ملكية أموال التركة قد انتقلت إلى الورثة ، كما يستوفى الدائن صاحب حق الامتياز حقه من المال المحمل بالضمان وهو في ملك المدين . وبذلك يتيسر التوفيق بين المبدأين المتعارضين ظاهراً ، وتنقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، ومع ذلك لا تكون هناك تركة إلا بعد سداد الدين أى أن دائي التركة يتقدمون في استيفاء حقوقهم على دائي الورثة وعلى الورثة أنفسهم^(١) . ويرتب على ذلك أن الوارث ، بعد انتقال الشركة إلى ملكه ، يجمع بينها وبين ماله الخاص ، فتكون له ذمتان مالتان منفصلتان مادامت ديون التركة لم تستوف . ومن ثم يكون هناك مجال لإعمال الحلول العيني ، فهناك إلى جانب أموال الوارث للشخصية مال يخضع لمركز قانوني خاص هو مال التركة ، ويقضى هذا المركز القانوني الخاص بأن يكون مال التركة مخصصاً لوفاء دائيها ، وبأن يكون هؤلاء الدائنون مقدمين في ذلك على دائي الوارث . وبذلك تتوافر شروط الحلول العيني ، فإذا أبدل بعين من أعيان التركة عين أخرى ، بسبب تصرف قانوني أو هلاك أو تلف أو نزع ملكية للمنفعة العامة أو غير ذلك ، فإن العين الأخرى تحل بحكم القانون حلولا عينيا محل العين الأولى ، وتخضع لنفس النظام القانوني الخاص ، وتكون مخصصة لنفس الغرض أى لوفاء ديون التركة . ويكون للوارث في الشريعة الإسلامية أشبه ما يكون بالوارث في القانون الفرنسي للذي قبل الميراث بشرط الجرد ، فهذا الوارث أيضاً له ذمتان مالتان ، ويتحقق الحلول العيني إذا أبدل بمال من التركة التي قبلها بشرط الجرد مال آخر . ويستوى ، فيما قلناه في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، أن تكون التركة قد خضعت لإجراءات التصفية أو لم تخضع لها^(٢) . ففي الحالتين يتحقق

(١) انظر في هذا المعنى شفيق شحاته ص ١٢ - ص ١٣ - إساعيل غانم في التمهيد المالية
فقرة ٢٦ - فقرة ٣٥ - منصور مصطفى منصور في الحلول العيني ص ٢٤٠ .

(٢) منصور مصطفى منصور في الحلول العيني ص ٢٤١ - ص ٢٤٣ - وانظر في المسألة
نفس المرجع ص ٢٣٦ - ص ٢٤٤ - وقارن إساعيل غانم فيما قلناه من أنه يرى أن تعدد الذمة
لا يكون إلا إذا عين مصف لتركة (انظر ألفا فقرة ١٤٦) .

الحلول العيني في أموال التركة على الوجه الذي بسطناه^(١) .

(١) وهناك تطبيقات أخرى للحلول العيني أقل أهمية ، نجدها متناثرة في الفقه والقضاء . في الفقه مثلا لا يستطيع الدائن رفع الدعوى البولصية ضد خلف الخلف إذا تلقى هذا حقه بدوخل وكان حسن النية ، فيقتصر الدائن دعواه على المدين والخلف وينفذ بحقه على المقابل الذي أخذه هذا الأخير . والمقابل الذي ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذي كان ضمنا للدائن ، وهذا نوع من الحلول العيني (انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٩ ص ٨١٣ هامش ١ - متصور مصطلح . متصور في الحلول العيني ص ٢٨٢) - وفي القضاء قضت محكمة النقض بأن بيع البضاعة المتصاقله عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل في النزاع اللقائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدي إلى انفصال هذا العقد ، ولا يسوغ في ذاته التسخيخ ، إذ أن بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع . ذلك أن هلاك الشيء المبيع هو زواله من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سادية أو حادث مادي بفعل إنسان . أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خشية التلف فهو إجراء وقفي قصد به صيانة الشيء المبيع من الهلاك ، وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذي كان دائراً حول عين معينة إلى بديلها وهو امتن المتحصل من بيعها ، وهو الذي ينصرف إليه أثر البيع (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

وهناك تطبيقات للحلول العيني خاصة بالقانون الفرنسي . منها أن المفقود يسترد عند ظهوره حيا ثمن الأموال التي تصرف فيها وارثه والأموال التي كسبت بالثمن الذي يمت به أمواله (م ١٣٢ مدني فرنسي - أما في مصر فأحكام التهمة الإسلامية هي التي تطبق ، ولا يسترد المفقود إلا الأعيان بذاتها من ماله التي توجد بيد الوارث) . ومنها ما يتحقق من حلول عيني في النظم المالية المختلفة للزواج : في أموال الدولة ، وفي الأموال المشتركة بين الزوج والزوجة ، وفي الأموال الخاصة بكل من الزوجين ، وفي كسب الزوجة من عملها الخاص (biens réservés) . ومنها رجوع الواهب في تركة الميت بما وهب إياه (succession anormale, retour successoral) .

الباب الثاني

الأشياء غير المادية والحقوق التي ترد عليها

١٦٤ — الحق غير المادى والشيء غير المادى — نص قانونى : يقال فى بعض الأحيان إن الحق يكون إما ماديا (corporel) ، أو غير مادى (incorporel) . وهذا القول لا أساس له ، ذلك لأن الحق يكون دائما غير مادى . والمادى هو الشيء محل الحق ، أما الحق فهو معنى ، أى يقوم فى الفكر مجردا غير محسوس . وكل من الحق المعنى والحق الشخصى — وهما الحقان اللذان يقعان على الشيء المادى — هو معنى ، ولا يمكن أن يكون ماديا . فحق الملكية معنى يقع على شيء مادى ، وكللك الحقوق العينية الأخرى أصلية كانت أو تبعية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الامتياز . والحقوق الشخصية جميعها ، سواء كان محلها نقل حق عرقى أو كان عملا أو امتناعا عن عمل ، معنوية لا مادية ، وإن كانت تتعلق بأشياء مادية . ويرجع إلى القانون الرومانى القول بالحق المادى ، أى الخاطى بين الحق وعمله . فقد كان فقهاء الرومان يميزون حق الملكية عن سائر الحقوق من عينية وشخصية ، إذ كان حق الملكية يفارق سائر الحقوق بأنه يعطى صاحبه أوسع السلطات على الشيء الذى يقع عليه ، فيستغرق الحق الشيء فى نظر هؤلاء الفقهاء . ومن ثم سهل عليهم أن يغلطوا ما بين حق الملكية وهو غير مادى كما قلنا كسائر الحقوق ، وبين الشيء وهو مادى دائما . وترتب على هذا الخلط بين الحق وعمله أن كسب حق الملكية فى نظرهم طبيعة الشيء ، فصار هو أيضاً ماديا مثله . ومن هنا استطاع الفقه الرومانى أن يقسم الحقوق إلى مادية وهذا هو حق الملكية على الوجه الذى بسطناها ، وإلى غير مادية وهذه هى الحقوق جميعا من عينة وشخصية ما عدا حق الملكية . والصحيح هو ما قلنا

من أن جميع الحقوق ، ويدخل فيها حق الملكية ، غير مادية ، أى لا تدرك إلا بال فكر ، وليس لها جسم محسوس تتمثل فيه كما تتمثل الأشياء المادية في أجسام محسوسة .

وإذا كان التقسيم ما بين مادية وغير مادية لا يرد على الحقوق لأنها كلها غير مادية ، فإنه يرد على الأشياء . ففها المادى (corporel) وهو الغالب ومنها غير المادى (intellectuel) . وقد كانت الأشياء المادية وتقسماتها والحقوق التى ترد عليها على البحث فى الباب الأول . أما هنا فى الباب الثانى ، فحل البحث هو الأشياء غير المادية والحقوق التى ترد عليها . والحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية هى من باب أولى غير مادية ، وعلى ذلك تكون كل الحقوق غير مادية ، سواء وقعت على شئ مادى أو على شئ غير مادى . والشئ غير المادى هو شئ لا يدرك بالحوس ، وإنما يدرك بالفكر . وأكثر الأشياء غير المادية هى نتاج الذهن ، ولذلك أمكنت تسميتها بالأشياء الذهنية (choses intellectuelles) ، وأمکن أن تسمى الحقوق التى ترد عليها بالحقوق الذهنية (droits intellectuels) . وننظر الآن ما هى الحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية ، وكثرتها الغالبة تنظمها تشريعات خاصة ، وقد نصت المادة ٨٦ مدنى على أن « الحقوق التى ترد على شئ غير مادى تنظمها قوانين خاصة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الأموال المنقولة هى التى ترد على شئ غير مادى » . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى « الأموال التى ترد على شئ غير مادى تنظمها قوانين خاصة » ، وأصبح رقمه ٨٨ فى المشروع التالى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ٨٨ . وفى لجنة الشيوخ تقدم اقتراح من بعض مستشارى محكمة النقض بتعديل النص على الوجه الآتى : « الملكية الأدبية والفنية والصناعية تنظمها قوانين خاصة » ، ورأوا فى الوقت ذاته أن المشروع هو الفرصة المناسبة لتنظيم هذه الملكية فلك التنظيم المرتقب من سنة ١٨٨٣ . فرد مندوب الحكومة على الحقوق التى ترد على شئ غير مادية لا تقتصر على هذه الأنواع الثلاثة من الملكية ، وإنما تجاوزها إلى أنواع أخرى كلكية المحل التجارى بوصفه مجموعا من الحقوق والديون التى صدرت تشريعات خاصة تنظم المعاملات المتعلقة بها ، ولو أخذ بالاتراح لقصر النص عن الإعراب عن دلالته . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن أبعد جهة توسع فيها أحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية فى القانون المدنى ، ولم يسلك أى من القوانين الحديثة السبيل المقترح ، لأن تنظيم هذا النوع من الملكية ليس مجرد مسألة داعلية ، بل إن هذا -

١٦٥ - الحقوق التي نرد على الأشياء غير المادية : أكثر هذه الحقوق كما قلنا هي حقوق ذهنية . والحقوق الذهنية هي حق المؤلف (droit d'auteur) وهو ما اصطلاح على تسميته بالملكية الأدبية والفنية (droits littéraires et artistiques) ، والحقوق المتعلقة بالرسالة (droits sur les lettres missives) وهي ما اصطلاح على تسميتها بملكية الرسائل (propriété des lettres missives) . وحق المخترع (droit d'inventeur) وهو ما اصطلاح على تسميته بالملكية الصناعية (propriété industrielle) . ويجمع ما بين هذه الحقوق جميعا أنها حقوق ذهنية كما قلنا ، فهي نتاج الذهن وخلق وابتكاره ، وتنوّل بعضها في هذا الباب .

ونترك حقوقا أخرى ترد على أشياء غير مادية هي الحقوق التي يتكوّن منها المتجر (fonds de commerce)^(١) ، وقد اصطلاح على تسميتها هي وصندات

النظام جانباً دولياً هو الذي تحت نظر من ارتباط من الدول باتفاقية جنيف التي عقدت في هذا الشأن ولم تر مصر الانضمام إليها . وإزاء هذه الاعتبارات التي راعينا التقنيات المدنية بوجه عام في إغفال تنظيم هذه الماكينة ، وإزاء ما هو معلوم من تشعب الأحكام الخاصة بهذا التنظيم ودقة المسائل التي تثيرها ولاسيما في المرحلة الراهنة من حياة الثقافة في مصر ، لا يسمح الحكومة إلا أن ترجو اللجنة إقرار مسلك المشرع في مجرد الإحالة إلى تشريع خاص . وقد قررت لجنة مجلس الشيوخ عدم الأخذ بالافتراض المقدم ، وبقاء المادة على أصلها مع استبدال كلمة « الحقوق » بكلمة « الأموال » لأن الأولى أدق في بيان المقصود . وأصبح رقم المادة ٨٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها بلجته (مجموعة الأعمال التشريعية ١ ص ٤٧٥ - ص ٤٧٧) .

ويقابل النص في التقنين المدف الوطني السابق المادة ١٢ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته على حسب القانون الخاص بذلك » . ولم يكن لهذا النص مقابل في التقنين المدف المختلط .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية : التقنين المدف السوري م ٨٩ (مطابق) - التقنين المدف الليبي م ٨٦ (مطابق) . التقنين المدف العراقي م ٧٠ وتجري على الوجه الآتي : ١ - الأموال المنعوية هي التي ترد على شيء غير مادي ، كحقوق المؤلف والمخترع والفنان . ٢ - ويتبع في حقوق المؤلفين والمخترعين والناشرين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الأموال المنعوية أحكام القانون الخاصة - قانون الملكية المقارنة اللبناني لا مقابل .

(١) ويتكوّن المتجر من عناصر مادية كالضائع والمهمات ، وعناصر منوعة أهمها ما يأتي : الحق في العملاء (droit à la clientèle) ، والحق في الإيجار (droit au bail) ، والسمعة التجارية أو المسع (achalandage) ، والاسم التجاري (nom commercial) والعلامة التجارية (enseigne) ، والشارة أو السهماء (enseigne) .

التداول التجارية (titres négociables)^(١) بالملكية التجارية (propriété commerciale) ، لأن هذه الحقوق والسندات هي من صميم مباحث القانون التجارى .

ونفرد الفصل الأول من هذا الباب لحق المؤلف لأهميته . ونعرض فى الفصل الثانى للحقوق المتعلقة بالرسالة ، ثم لحق المخترع فى إيجاز إذ هو أدخل فى مباحث القانون التجارى^(٢) .

وقبل ذلك نقول كلمة فى طبيعة هذه الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية ، وهل هي حقوق ملكية كما يطلق عليها عادة ، أو هي حقوق تختلف بطبيعتها عن حق الملكية .

١٦٦ - **طبيعة الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية :**
اشتد الجدل فى تكييف طبيعة الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية . فقد بلغ التحمس بفريق أن عدوا حق المؤلف ، لاحتق ملكية فحسب ، بل هو من أقدس حقوق الملكية^(٣) . وملكىة الإنسان لتتاج ذهنه وتفكيره ولبلبكراته العقلية ، كما يقول هذا الفريق ، هي الملكية التى تتصل بالصميم من نفسه ، وتتجسم فيها شخصيته . وهي أولى كثير بالحماية من الملكية المادية ، التى تقتضى حتما أن يستحوذ الإنسان على أشياء مادية قد لا تكون من صنع يده ولا من نتاج عقله . وكان هذا التحمس ضروريا حتى يستقر فى الأذهان أن

(١) وسندات التداول التجارية نوعان : النوع الأول هو الأوراق المالية (valeurs mobilières) ، وهي الأسهم والسندات وسندات قروض الدولة . والنوع الثانى هو الأوراق التجارية (effets de commerce) ، وهي الكيالات والسندات الإذنية والبيكات .

(٢) ويوجد أخيراً ما اصطلح على تسميته بالملكية العلمية (propriété scientifique) ، وهي حق يقع على الفكر المبرد ، دون أو قبل أن يتخذ لباساً مادياً من كتاب أو تصوير أو صوت أو حركة ، إذ يصبح بعد اتخاذ هذا الثوب ملكية أدبية أو فنية أو صناعية - انظر فى الملكية العلمية : Vigneron رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ - Suzanne Mucier رسالة من نانسي سنة ١٩٢٥ - Nettre رسالة من نانسي سنة ١٩٢٥ - Robin رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ - Vivante فى حوليات القانون التجارى سنة ١٩٢٤ ص ١٠٤ - Roublot فى الأسبوع القضائى سنة ١٩٢٥ ص ٢٠١ - Olagnier فى حق المؤلف سنة ١٩٢٨ .

(٣) يؤخذ عن لامارتين قوله عن حق المؤلف : (la plus sainte des propriétés)

نتاج الفكر ، وهو شيء غير مادي يخرج عن العالم المحسوس فلا تحويه اليد ولا تتعلق به الحياة ، يمكن أن يكون كالشيء المادي محلاً للملكية . وترددت أصدااء هذه الدعاية في جميع النواحي ، حتى نجحت في خلع وصف الملكية على حق المؤلف وحق المخترع ، فأصبح الفقه ، بل والتشريع نفسه ، يتحدث عن الملكية الأدبية والفنية والصناعية . وعندما أصدر المشرع الفرنسي قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ليحل محل التشريعات التي سبقت في حق المؤلف والمخترع ، وصف هذا الحق بأنه « حق ملكية معنوية مانع ونافذ بالنسبة إلى الناس كافة » (droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous) (١) .

ووقف في وجه هذا الفريق المتحمس فريق آخر ينكر على حق المؤلف والمخترع أن يكون حق ملكية ، ويحتمس هو أيضاً في هذا الإنكار (٢) .

وإذا كان المقصود بعبارة « الملكية الأدبية والفنية والصناعية » هو تأكيد أن حق المؤلف والمخترع يستحق الحماية كما يستحقها حق المالك ، فهذا صحيح . وهذا هو المعنى الذي قصد إليه أولاً ، عندما استعملت هذه العبارة للدعاية والكفاح في سبيل حماية حق المؤلف . أما إذا كان المقصود أن حق المؤلف والمخترع هو حق ملكية حقيقي ، وأن الحق إذا وقع على شيء غير مادي لا يختلف في طبيعته عما إذا وقع على شيء مادي ، فهذا أمر في حاجة إلى إمعان في النظر .

ذلك أن الشيء غير المادي هو شيء لا يدخل في عالم الحس ولا يدرك إلا بالفكر المجرد ، فهو حتماً يختلف في طبيعته عن الشيء المادي الذي يدرك بالحس وله جسم يتمثل فيه . فإذا خطونا خطوة أخرى ، وتصورنا أن هذا

(١) أما في مصر ، فإن قانون حماية المؤلف (رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) قد نجب عدداً أن يصف حق المؤلف بأنه حق ملكية ، مؤثراً عدم الخوض في هذه المسألة التي يحذر تركها للفقه والقضاء يسيران فيها مقتضيات التطور . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور : « وقد روى في المشروع المطروح ... عدم التقيد بنظرية معينة ، وعدم إيراد نص لتعريف طبيعة حق المؤلف القانونية ، بل أن يترك ذلك لاجتهاد القضاء ورجال الفقه ، وخاصة وأن مثل هذه النظريات تنفض لتطور دائم متصل بتطور الحياة الإنسانية ذاتها » .

(٢) انظر Ch. Renouard و P. J. Proudhon ، وقد أشير إليهما في هاتين الملاحظاتين وهيكار ٣ ص ٢٧٧ هامش ١ .

الشيء غير المادى هو الفكرة من خلق الذهن وإبتكاره ، أدركتنا المادى الواسع الذى يفصل ما بين عالم الفكر وعالم المادة . فالمادة توثق ثمارها بالاستحواذ عليها ، والاستئثار بها . أما الفكر فعلى النقيض من ذلك ، يوثق ثماره بالانتشار لا بالاستئثار ، وبالإنتقال من شخص إلى آخر بحيث تمتد إلى أكبر مجموع ممكن من الناس يقتنعون به ويستقر فى أذهانهم ، وعندئذ يمكن القول بأن الفكر قد أتى حقا ثماره . صحيح أن الفكر يحتاج إلى مجهود عقلى ، والمجهود العقلى لا شك فى أنه عمل مضمّن شاق . ولكن جزاء المجهود ليس حتماً هو الملكية ، بل إن جزاءه هو الأجر ، شأنه فى ذلك شأن أى عمل آخر مادى أو فكرى . ولا أحد ينكر على المؤلف أو على المخترع حقه فى الجزاء المالى على عمله ، ولكن هذا الجزاء ليس هو الملكية التى تقناى طبيعتها مع طبيعة الفكر ، بل هو الحق المالى للمؤلف أو المخترع فى احتكاره استئثار فكره مادام حيا ولمدة معقولة بعد وفاته .

وتقناى طبيعة الملكية مع طبيعة الفكر من ناحيتين : (الناحية الأولى) أن الفكر لصيق بالشخصية . بل هو جزء منها ، ومن ثم فقد وجب تقييد نتائج الفكر بهذا الاعتبار الأساسى ، فيوجد إلى جانب الحق المالى للمؤلف الحق الأدى . وهذا الحق من شأنه أن يمكن المؤلف ، حتى بعد أن يبيع حقه المالى للناشر ، أن يعيد النظر فى فكره . وقد يبدو له أن يسترد من التداول ما سبق نشره ، بل وله أن يتلفه بعد أن يعرض الناشر ، وبذلك يستطيع أن يرجع بإرادته وحده فيما سبق له إجراؤه من التصرف . أما من يتصرف فى شيء مادى تصرفا باتنا ، فليس له بإرادته وحده أن يرجع فى هذا التصرف ، ولو فى مقابل تعويض^(١) . (والناحية الثانية) أن الفكر كما قلنا حياته فى انتشاره لا فى الاستئثار به ، وإذا كان صاحب الفكر هو الذى ابتدع نتائج فكره ، فالإنسانية شريكة له من وجهين . وجه تقضى به المصلحة العامة ، إذ لا تتقدم الإنسانية إلا بفضل انتشار الفكر . ووجه آخر يرجع إلى أن صاحب الفكر ملين على نحو ما للإنسانية ، فكفره ليس إلا حلقة فى سلسلة ، تسبقها

(١) والحق الأدى للمؤلف على النحو الذى يسنّاه ، ليس حق ملكية ، أو حقا مبنيا به . بل هو حق من حقوق الشخصية ، يجب تمييزه بدقة عن الحق المالى الذى نبهنا هنا وحده لتقنين طبيعته (انظر ما يلى فقرة ٢٢٢) .

حقوقات وتتلوها حلقات . فهو إذا كان قد أعلن من لحقه ، فقد استعان بمن سبقه . ومقتضى ذلك ألا يكون حق المؤلف أو المخترع حقاً موبداً كما هو شأن الملكية المادية . وإذا كانت الملكية المادية لا تستعص على التأييد بل هي تقتضيه كما سرى ، فإن الحق في نتاج الفكر لا يجوز أن يكون موبداً بل لابد فيه من التوقيت .

من أجل ذلك يجب أن ننفي عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية ، فالملكية حق استثنائي موبد ، في حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال مؤقت . وقد أحسنت محكمة النقض الفرنسية عندما نفت ، منذ عهد بعيد ، عن حق المؤلف صفة الملكية ، وكيفته بأنه « حق امتياز احتكاري لاستثمار مؤقت » (privilège exclusif d'une exploitation temporaire)^(١) . وإذا اعترض على هذا القول بأنه أقرب إلى الوصف منه إلى التكيف ، وبأنه لا يحال حق المؤلف ولا ينفذ إلى طبيعته ، أمكن أن يضاف إلى ما قالته محكمة النقض أن حق المؤلف هو أولاً حق كسائر الحقوق . وخصبته أنه يقع على شيء غير مادي ، وهذا يقتضى مطالعته لطبيعة الأشياء غير المادية ، ويبتعد به عن أن يكون حق ملكية . ولكن ذلك لا يمنع من أنه يشارك الحق العيني الأصل في خصائصه ، فهو سلطة تنصب مباشرة على شيء معين ، وإن كان شيئاً غير مادي ، وهذه السلطة نافذة في حق الناس كافة^(٢) .

(١) لنقض فرنسي ٢٥ يولييه سنة ١٨٨٧ سيري ٨٨ - ١ - ١٧ - ٢٥ يوفيه سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٥ . وأكثر الفقهاء في فرنسا من هذا الرأي : ديوبو مقرة ٢٣٢ - مقرة ٢٣٣ . مقرة ٢٥٩ وما بعدها - بلانيول وريبير وبيكار ٣ مقرة ٥٧٤ ص ٥٧٨ ومع ذلك انظر مقرة ٥٦٣ - روبييه في حق الملكية الصناعية ١ مقرة ٢١ ، ومقاله في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٥ ص ٣٨٢ - بيدان وفوران ٤ مقرة ١٦١ ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وبولانييه ١ مقرة ٣٤٥٠ مقرة ٣٤٧٤ - جوليوي لامورانديير ١ مقرة ٥٥ مقرة ١٤٧٦ - وقارب كاربونييه ٢ ص ٢٨١ - ٢٨٢ .

وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يلحظ إلى أن حق المؤلف أو المخترع هو حق ملكية حقيقية .: چوسران ١ مقرة ١٥٢٧ - ينكاز ٥ مقرة ٣٨٨٠ - مارق ورينو ٢ مقرة ٤٢٦ - **Meusearbo** في حق المخترع رسالة من مونبلييه سنة ١٩٦١ ر

(٢) وحق المؤلف أو المخترع هو ، في الواقع من الأخر ، أقرب إلى حق الانضاع منه إلى حق الملكية ، لولا أنه يبقى بعد موت صاحبه لمدة موقوتة .

وخلص من ذلك أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية ، بل هو حق عيني أصلي يستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة ، وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي^(١) .

(١) وقد انقسم الفقه في مصر في هذه المسألة . ففريق يذهب إلى أن حق المؤلف أو المخترع هو حق ملكية حقيقية إذ أن فيه مقومات حق الملكية . وإذا نقضه التأييد فلا يوجد ما يمنع في نظر هذا الفريق من أن يكون حق الملكية غير مؤبد : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٩٠ - إسحاق غانم في النظرية العامة للحق ص ٧٣ - ص ٧٥ - منصور مصطفى منصور في المدخل للعلوم القانونية ص ١٠٠ - ص ١٠١ - عبد المنعم فرج الصدة في حق الملكية فقرة ١٩٣ - وفريق آخر يذهب إلى أن هذا الحق ليس بحق ملكية ، ولكنه احتكار للاستغلال في الجانب المادي وحق من حقوق الشخصية في الجانب الأدبي : محمد علي عرفة فقرة ٣٧٦ - عبد المنعم البدواي فقرة ١٨٩ والمدخل في القانون الخامس فقرة ٢٧٠ - حسن كيرة في أصول القانون فقرة ٢٥٦ - سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية ص ٤٩٣ - رسالة عبد المنعم الطنطا في الحق الأدبي للمؤلف ص ١٣ - ص ١٩ - وانظر أيضاً شفيق شحاته فقرة ١٥٧ - فقرة ١٦٣ (ويبدو أنه يذهب إلى أن حق المؤلف ليس حق ملكية ، ولكنه حق عيني معنوي في جانبه المادي ، وحق من حقوق الشخصية في جانبه الأدبي) .

انظر في القضاء المصري استئناف مخطوط ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٩٤ (ويذهب الحكم إلى أن حق المؤلف هو حق احتكار للاستغلال على مناهج محكمة النقض الفرنسية) . ولكن الكثيرة من الأحكام تستعمل عبارة « الملكية الأدبية والفنية » : استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٥ - ١١ يناير سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧ - مصر الكلية ٢ يونيو سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٦٠١ ص ١١١٠ - مصر الكلية (مستقبل) ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٣ رقم ٥٨ ص ١١٣ - استئناف مخطوط ٨ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٣ - ٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٧ . وقد كان التقنين المدني الوطني السابق (١٢ م) يصرح بأن حق المؤلف أو المخترع حق ملكية ، فيقول : « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته ، وحقوق الصانعين في ملكية مصنوعات ، على حسب القانون الخاص بذلك » . ولكن التقنين المدني الجديد تجنب وصف حق المؤلف أو المخترع بأنه حق ملكية ، واقتصر في المادة ٨٦ منه كما رأينا على أن يقول : « المحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » .

الفضل الأول حق المؤلف^(*)

(الملكية الأدبية والفنية)

١٦٧ - التاريخ التشريعي لحماية حق المؤلف : لم يكن حق المؤلف

(٥) مراجع : Renouard في حقوق المؤلف في الآداب والعلوم والفنون (جزءان) ١٨٣٨- سنة ١٨٣٩ - Worms في الملكية الأدبية (جزءان) سنة ١٨٧٨ - Delalande في الملكية الأدبية والفنية ١٨٨٠ - Lyon-Caen et Delalande في التشريعات الفرنسية والأجنبية المتعلقة بحق الملكية الأدبية والفنية (جزءان) سنة ١٨٨٩ - سنة ١٨٩٠ - Masse في الحق الأدبي المؤلف على مصنفه رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - Pouillet في الملكية الأدبية والفنية الطبعة الثالثة (Maillard et Clars سنة ١٩٠٨) وتكلمه Tailleur et Clars (سنة ١٩١٨) - Pérussau رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - Benoit Joly في الحماية لثانوية الملكية الفنية سنة ١٩١٤ - Bry في الملكية الصناعية والأدبية والفنية الطبعة الثالثة سنة ١٩١٤ - Stoffi في الملكية الأدبية والفنية (جزءان) سنة ١٩١٦ وسنة ١٩٢٥ - Chartier في حقوق الموسيقى على عمله رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - Orente في الحماية القانونية للأعمال الدراماتيكية رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ - Halneville في حقوق المؤلف على عمله رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - Ploia-Caselli في حق المؤلف سنة ١٩٢٧ - Rault في عقد النشر في القانون الفرنسي سنة ١٩٢٧ - Myres رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - Olignier في حق المؤلف (جزءان) سنة ١٩٣٤ - Michaelidis-Nueros في الحق الأدبي المؤلف سنة ١٩٣٥ - Poirier في حق المؤلف سنة ١٩٣٦ - Escarra, Rault et Napp في النظرية الفرنسية في حق المؤلف سنة ١٩٣٧ - Christen رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - Cheorgin-Verin في الحق الأدبي رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ - عيد المنتم الطائيل في الحق الأدبي المؤلف (بالفرنسية) رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ - Desbols في حق المؤلف سنة ١٩٥٠ وفي أنسيكلوبيدي دالورز جزء ٤ لفظ Art. Lit. Savatier-Prop. في الحق في الفن والآداب سنة ١٩٥٣ - Raymond في حق المؤلف وعقد تحويل مصنفه رسالة من بروكسل سنة ١٩٥٥ .

محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٨٥ - فقرة ٢١١ - شقيق شحاته فقرة ١٥٧ - فقرة ١٧٥ - محمد علي عرفة فقرة ٣٧١ - فقرة ٣٩٧ - عيد المنتم البراوي فقرة ١٨٦ - فقرة ٢٠٤ مكررة - إسحاق غانم في النظرية العامة الحق ص ٥١ - ص ٧٥ - حسن كيرة في أصول القانون فقرة ٢٥٣ - فقرة ٢٥٩ - سليمان مرقس في المدخل العلوم القانونية الطبعة الرابعة فقرة ٢٥٣ - فقرة ٢٥٩ - منصور مصطفى منصور في نظرية الحق ص ٦٦ - ص ١٠١ - عيد المنتم فريج الصدة فقرة ١٩٠ - فقرة ٢٣٦ .

يحميه القانون^١ القديم ، وإنما ظهر وجه الحاجة إلى الحماية بعد اختراع المطبعة التي أمكن بها طبع الآلاف من النسخ للمصنف الواحد ، مما جعل المؤلف يرجو من وراء عمله الفكرى ربحاً مادياً كبيراً . ولكن القانون ترك المؤلف دون حماية أحقاً طويلاً ، فكانت الثمار المادية لجهوده الفكرية تتناهبها الناس . حل أن المؤلف ، في عهد الملكية في فرنسا قبل الثورة ، كان يحصل على إذن (lettre de chancellerie) في طبع كتابه ، فكانت حمايته تأتي عن طريق هذا الإرخيص الملكي (concession royale) الذي كان يصدر به نسخ مصنفه أو تختارها . ثم جاءت الثورة الفرنسية ، فعنى رجالها بإصدار التشريعات التي تحمي حق المؤلف^(١) . وكان أول تشريع صدر في هذا الشأن هو قانون ١٣ يناير سنة ١٧٩١ ، وقد اقتصر على حماية مؤلفي المسرحيات ، فجعل للمؤلف وحده الحق في نشر مسرحيته طول حياته . ثم لورثته مدة خمس سنوات بعد موته . ثم صدر قانون ١٩ يولييه سنة ١٧٩٢ ، بمد الحماية إلى جميع المصنفات الأدبية والفنية ، وبطيل مدة الحماية بعد موت المؤلف إلى عشر سنوات . وقد أطيبت هذه المدة إلى عشرين سنة بذكريتو ٥ فبراير سنة ١٨١٠ ، مع جعل أرملة المؤلف تتمتع بحقه طول حياتها إذا كان النظام المالي للزواج يعطيها هذا الحق . ثم جعل قانون ٨ أبريل سنة ١٨٥٤ هذا الحق للأرملة دون حاجة لشرط في النظام المالي للزواج ، وأطال في الوقت ذاته مدة الحماية بعد موت المؤلف إلى ثلاثين سنة . وحلده قانون ٢٤ يولييه سنة ١٨٦٦ حقوق ورثة المؤلف وخلفائه ، وأطال مدة الحماية إلى خمسين سنة . وتلى ذلك تشريعات تفصيلية : قانون ١١ مارس سنة ١٩٠٢ وقانون ٩ أبريل سنة ١٩١٠ وقانون ٢٠ مايو سنة ١٩٢٠ وقانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ وقانون ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٤ . وقد صدر أخيراً قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ، وهو قانون جامع شامل في حق المؤلف ، حل محل ما سبقه من التشريعات المتناثرة التي أسلفنا ذكرها .

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر اشتدت الحركة الدولية التي تطالب بحماية حق المؤلف ، وانتهى الأمر إلى إنشاء الجمعية الأدبية والفنية في

(١) كانت فرنسا هي البائدة بحماية حق المؤلف ، ثم تلتها إنجلترا في عام ١٨١٠ ، ثم أمريكا في عام ١٨٣١ .

شهر ديسمبر من سنة ١٨٧٨ في باريس^(١). وقد تمكنت هذه الجمعية من عقد معاهدة برن في ١٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ بين كثير من الدول لحماية حق المؤلف^(٢)، وأنشئ اتحاد بين الدول التي أبرمت المعاهدة للعمل على تحقيق أغراضها، كما أنشئ مكتب دولي يقع حكومة الاتحاد السويسري مسمى بمكتب الاتحاد الدولي لحماية المؤلفات الأدبية والفنية. وتوالت المؤتمرات الدولية بعد ذلك لتوسيع نطاق حماية حق المؤلف، فعقد مؤتمر في باريس سنة ١٨٩٦، وثان في برلين سنة ١٩٠٨، وثالث في روما سنة ١٩٢٨، ورابع في بروكسل سنة ١٩٤٨. ثم تقدمت مؤسسة اليونسكو التابعة لهيئة الأمم المتحدة، فنظمت عقد اتفاق عالمي وقعت عليه في جنيف في ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ دول كثيرة، لم تكن مصر من بينها. وقد نص في هذا الاتفاق على أنه لا يؤثر بأي وجه في اتفاقية برن، ولا في انضمام أية دولة إلى الاتحاد الدولي الذي أنشأته هذه الاتفاقية. وفي خصوص مدة الحماية، وضع اتفاق اليونسكو مبدأ هو أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية عن طول حياة المؤلف وخمس وعشرين سنة بعد موته. أما بالنسبة إلى الترجمة، فقد نص الاتفاق على أنه إذا مضى سبع سنوات على تاريخ أول نشر للمصنف دون أن يقوم المؤلف بترجمته إلى اللغة القومية لإحدى دول الاتفاق، جاز لأي شخص من رعايا تلك الدولة أن يقوم بتلك الترجمة بعد اتباع إجراءات معينة، مع تعويض المؤلف تعويضاً عادلاً^(٣).

(١) وكان للطلاب التاريخي ألفاء فيكتور هيجو في الحفل الختام لمؤتمر الكتاب الذي عقد في باريس عام ١٨٧٨ أثره الفعال في إنشاء هذه الجمعية الدولية، وقد أنشئت لرعاية حق المؤلف دولياً والدفاع عنه بجميع الطرق.

(٢) وقد أكلت معاهدة برن في باريس في ٤ مايو سنة ١٨٩٦، وعدلت في برلين في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٨، وفي روما في ٢ يونيو سنة ١٩٢٨، وفي بروكسل في ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٨. ولم تنضم إليها مصر حتى الآن. وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ٧ من هذه المعاهدة: «تشمّل الحماية التي تكفلها هذه المعاهدة مدة حياة المؤلف وخمسين سنة بعد وفاته». وجاء في المادة ٨: «يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية الذين تخمّمهم هذه المعاهدة طوال حياتهم بحقوقهم على المصنف الأصل، وبحق مطلق في ترجمة أو إجازة ترجمة مصنفاتهم».

(٣) وهذا ما جاء بالمادة «من اتفاقية اليونسكو لحماية حقوق المؤلفين في خصوص حق الترجمة: ١- يشمل حق المؤلف الحق المطلق في عمل أو نشر أو إجازة عمل أو نشر تراجم المصنف الذي تنطبق عليه الحماية المقررة في هذه الاتفاقية. ٢- سوغ ذلك فن حق كل دولة متعاقدة بأن تضع

أما في مصر ، فقد كان التقنين المدني الوطني السابق ينص ، كما رأينا ، في المادة ١٢ منه على أن « يكون الحق فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته على حسب القانون الخصوصي بذلك » . ولم يكن لهذا النص مقابل في التقنين المدني المخطط . وردد التقنين المدني الجديد صدى التقنين المدني الوطني السابق ، فنص ، كما رأينا ، في المادة ٨٦ منه على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . وورد في تقنين العقوبات نصوص لحماية هذه الحقوق ، تفرض عقوبات جنائية على من يعتدى عليها ، ولكن هذه النصوص ظلت معطلة لعدم صدور التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف . على أن القضاء المصري أخذ بحسب هذه الحقوق بموجب قواعد العدل ومبادئ القانون الطبيعي (م ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة وم ١١ من التقنين المدني المخطط وم ٥٢ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة)^(١) . وفي الوقت ذاته أسهمت مصر - كما تقول

« من قانونها الداخلي قيوداً بالنسبة إلى ترجمة المصنفات وفقاً للأحكام التالية : إذا انقضت سبع سنوات من تاريخ أول نشر لمصنف ولم تنشر ترجمة هذا المصنف باللغة القومية أو بإحدى اللغات القومية السائدة في الدولة المتعاقدة بواسطة صاحب الحق في الترجمة أو من أجيز فيها ، فلكل شخص تابع لهذه الدولة أن يلجأ إلى الجهات المختصة في الدولة ويطلب منها رخصة - غير قاصرة عليه وحده - لترجمة المصنف إلى اللغة القومية التي لم يترجم إليها . ولا تمنع هذه الرخصة إلى الطالب إلا إذا أثبت بالطرق المتبعة في الدولة أنه طلب إلى صاحب الحق في الترجمة الإذن له في ترجمة المصنف ونشره ، وأنه لم يستطع الوصول إلى صاحب الحق أو أخذ إجازته بالرغم مما يذل من جهد ... يجب أن يقرر التشريع الداخلي الإجراءات الكفيلة بأن ينال صاحب الحق في الترجمة أجراً مناسباً مقابل ذلك مع ضمان دفعه وإرساله ، وكذلك وجوب إجراء الترجمة بدقة .. » .

ومن المؤتمرات التي عقدتها اليونيسكو من أجل حماية حق المؤلف مؤتمر روما الذي عقد في أكتوبر سنة ١٩٩١ ، وقد قرر حق المؤدى في الأداء ، بعد معارضة شديدة قامت على أساس أن المؤدى لم يتبدع شيئاً . وقد قضت المادة ٢ من الاتفاقية التي وضعت في هذا الشأن . يمنع تسجيل الأداء الشخصي للفنان وإذاعته مباشرة بدون الموافقة المصرية أو التضمنة لمن يؤديه ، ويعتبر في حكم الأداء المباشر الأداء الذي يتم بواسطة الإذاعة الإسلوكية مباشرة ، ولا تنهى هذه الحماية قبلي انتهاء السنة العاشرة التالية لتلك التي حصل فيها الأداء . وقررت المادة ٣ من الاتفاقية المذكورة حق المسجل في الترخيص أو في حظر نقل التسجيل للصوت الذي قام به ، ويشمل النقل أيضاً نقل التسجيل الصوتي عن طريق الإذاعة ، ومدة الحماية عشر سنوات تلي السنة التي حصل فيها التسجيل .

(انظر نصوص الاتفاقية في كتياب حق المؤلف العربي للأستاذ مصطفى عبد الرحمن ص ١١١ - ص ١١٥)

(١) استئناف مخطط أول مارس سنة ١٩٥٥ م ١٧ ص ١٤٥ - ١٦ مايو سنة ١٩٥٦ -

المذكرة الإيضاحية لقانون حماية المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ - « في المؤتمرات الدولية التي عقدت لتنظيم حقوق المؤلفين . ذلك أن لجنة التعاون الفكري في عصبة الأمم قررت في شهر ديسمبر سنة ١٩٢٣ أن تدعو إلى الانضمام إلى

٣٠ م ١٨ ص ٢٦٦ - استئناف وطني ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ الحاماة ٤ رقم ٦٢٨ من ٨٣٣ - مصر الوطنية ٢ يونيو سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٦٠١ ص ١١١٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذ نص الشارع في المادة ١٢ من القانون المبنى القديم على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته على حسب لقانون القصوص بملك » ، وإذ جاء قانون المقويات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ بنصوص في المواد ٣٤٩ و ٣٥٠ لحماية هذه الحقوق عن طريق فرض عقوبات جنائية على من ينتهك عليها ، فإن ذلك يدل على أنه قد اعترف بحق المؤلف على مصنفاته ، ووصف هذا الحق بأنه حق ملكية مع ما في هذا الوصف من تجاوز . وإذ كان التشريع الخاص بتنظيم حماية هذا الحق والذي أشارت إليه النصوص المتقدمة لم يصدر إلا في سنة ١٩٥٤ بالقانون رقم ٣٥٤ سنة ١٩٥٤ ، مما أدى إلى تعطيل نصوص قانون المقويات في هذا الشأن ، فإن هذا لا يبنى اعتراف الشارع بحق المؤلف - وللمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه ماليا بالطريقة التي يراها ، فلا يجوز لتغير مباشرة هذا الحق بغير إذن منه ، وإلا كان عمله عدوانا على الحق الذي اعترف به الشارع للمؤلف وإخلالا به ، وبالتالي علا غير مشروع وخاطئ يستوجب مسئولية فاعلة عن تعويض الضرر الناتج عنه طبقا لمادة ١٥١ من القانون المبنى القديم (نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ بمجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٣ ص ٦٠٢) . وقضت أيضا بأنه وإن لم يوجد نص قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يحدد مدة حماية حق الاستغلال المالي المقرر للمؤلف ، إلا أن الرأي كان مستقرا على أن هذه الحماية تظل للمؤلف طيلة حياته على الأقل (نقض مدني ٧ يولية سنة ١٩٦٤ بمجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه بالرغم من قصور المادة ١٢ مدني من عدم وجود القانون الخاص الذي يحيل إليه هذه المادة ، فإن نصها صريح في اعتراف الشارع بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته . ولا ينقص من شأن هذا الاعتراف كونه مقرونا بالإحالة إلى القانون الخاص ، لأن هذا القانون كما يذكر النص العربي المادة ليس إلا بشأن ما يتعلق بالحقوق أو كما يذكر النص الفرنسي ما هو إلا لتنظيم الحق (la prop. lit. est réglée) ، وبديهي أن تنظيم الحق لا يتعارض في شيء مع وجوده ، بل إن تنظيم الشيء فرع عن وجوده . وتقرير المادة المذكورة حق المؤلف صراحة ، فإنها تنفي القضاء الأهل من الانجذاب إلى القانون الطبيعي أو مبادئ العدل توصلا إلى تقريره كما فعلت المحاكم المختلطة التي ليس لديها مقابل المادة ١٢ . ومن اعتراف الشارع بحق وجبت له الحماية ، فالحماية والحق متلازمان . ولا يستطيع القضاء أن يوقت حق المؤلف دون نص تشريعي ، فليس أمامه إلا أن يقرر أن حق المؤلف ينتقل بالإرث كثيرا ويبيد الورثة أبدا لا بدين ، فهذا هو الحل القانون الوحيد الممكن الذي يحول بين القضاء وبين الإغتيات على سلطة المحرر (استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٦) .

اتفاقية برن جميع الدول التي لم تنضم إليها بعد . وقد وافق مجلس عصبة الأمم على هذا القرار في ٩ سبتمبر سنة ١٩٢٤ . فوجهت الأمانة العامة للعصبة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ دعوة إلى مصر للانضمام إلى هذه الاتفاقية . وقد لقيت هذه الدعوة عناية من الحكومة المصرية ، فألفت في شهر أغسطس من هذا العام لجنة لبحث هذا الموضوع وتقرير الشروط التي يجب مراعاتها عند انضمام مصر إلى هذه الاتفاقية . وقد أتمت هذه اللجنة مهمتها ، وقدمت في ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٥ تقريراً جاء به : إن المادة ٢٥ من الاتفاقية تحم وجود تشريع وطني في موضوع حماية حقوق المؤلفين ، ولما كان هذا التشريع غير موجود في مصر ، فقد اضطرت المحاكم المختلطة دفاعاً عن الملكية الأدبية إلى الاتجاه إلى المادة ٣٤ من لائحة ترتيبها (القديمة) وإلى المادة ١١ من القانون المدني المختلط (وتنص كلتا المادتين على تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة عند عدم وجود نص في القانون أو عدم كفايته أو غموضه) . غير أن تلك الحماية ، التي لا سند لها إلا أحكام القضاء ، لا تقضى عن حماية تستند إلى تشريع خاص بقواعد ثابتة وحدود معينة . وانتهت في ختام تقريرها إلى القول بأن التأليف وإن لم يبلغ في مصر الدرجة المرجوة من الذبوع والانتشار ، إلا أن الاعتبار الدولية تدعو وحدها لسن القوانين اللازمة لحماية المؤلفات . وقد أخذت الحكومة وقتئذ في وضع تشريع لحماية حقوق المؤلفين ، وأنفت لهذا الغرض لجنة في شهر فبراير سنة ١٩٢٦ ، وقد انتهت من وضع المشروع في أول مارس سنة ١٩٢٧ . ولكنها وقفت عند هذا الحد ، فلم يستأنف المشروع خطواته التشريعية . وقد دعت مصر بعد ذلك للاشتراك في مؤتمر روما .. الذي عقد في ٧ مايو سنة ١٩٢٨ لإعادة النظر في اتفاقية برن ، فلبت هذه الدعوة ، وأوفدت مندوبين عنها للاشتراك في هذا المؤتمر اشتراكاً مقصوداً على تتبع أعماله والاشتراك في مناقشاته ، دون الارتباط بشيء باسم الحكومة المصرية . وقد قدم الوفد تقريراً ضمنه التعديلات التي أدخلها المؤتمر على معاهدة برلين . كذلك دعت للاشتراك في المؤتمر الذي عقدته الجمعية الأدبية والفنية الدولية في مدينة بلجراد في ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٢٨ ، فلبت الدعوة واشتركت في أعماله هذا المؤتمر . وقد أعرب رئيسه وأعضاؤه عن أملهم في أن يصدر قريباً التشريع المصري الخاص بحماية حقوق المؤلفين ، وألاً بتأخر انضمام مصر إلى معاهدة

برن . كما أبدى الرئيس رغبته في انعقاد المؤتمر اللاحق للجمعية في مدينة القاهرة ، وقد تحققت هذه الرغبة فعقد هذا المؤتمر بالقاهرة في شهر ديسمبر سنة ١٩٢٩ . وعرضت الحكومة المصرية على المؤتمر مشروع القانون سالف الذكر ، وقد وصفه رئيس المنلوبين المصريين بأنه يأخذ بأحدث المبادئ القانونية مع مراعاة تقدم العلوم واختراع الوسائل الحديثة لنشر الأخبار . فأجاب على ذلك رئيس المؤتمر قائلا إن المشروع مطابق لجميع المبادئ التي بنى عليها اتفاق برلين سنة ١٩٠٨ فيما عدا نقطتين : (الأولى) مدة حفظ حقوق التأليف التي جعلت في المشروع طيلة حياة المؤلف وثلاثين سنة بعد وفاته ، في حين أنها في اتفاق برلين مدة حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته . (والثانية) مدة حفظ حق الترجمة حيث جعلت في المشروع عشر سنوات بعد نشر المؤلف ، بدلا من المدة التي تضمنها اتفاق برلين وهي مدى حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته أي مدة حماية المؤلف نفسه . وأضاف رئيس المؤتمر إلى ذلك قوله : إن المشروع المصري مطابق لمشروع القانون النموذجي الذي وضعته الجمعية الدولية الأدبية والفنية مع شيء من التوسع ^(١) .

وبقي المشروع على حاله دون أن يسن قانونا مدة طويلة ، وضعت في أثنائها اللجنة القانونية بجامعة الدول العربية في سنة ١٩٤٨ مشروعا لحماية حق المؤلف ، أوصى مجلس الجامعة الحكومات العربية باتخاذ قانونا لكل منها ^(٢) .

(١) ثم تقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف بعد ذلك ما يأتي : « وفي أثناء مفاوضات مؤتمر مونتره لإلغاء الامتيازات الأجنبية ، رغب مندوب إيطاليا إلى الدول المشتركة في المفاوضات أن تطلب إلى الحكومة المصرية : أولا - أن تسن قانونا يحسب حماية فعلية ما رعياها الأجانب من حقوق التأليف . ثانيا - أن تكفل هذه الحماية بهقوبات جنائية تدخلها في القانون الجنائي المصري الجديد . ثالثا - أن تشارك في اتفاقية برن التي أعيد النظر فيها في مدينة روما . وقد انضم إليه في هذه الرغبة مندوب فرنسا . فأجاب المفاوض المصري على ذلك قائلا : إن الحكومة المصرية لم يفتأ الاهتمام بتلك المسألة الخاصة بحقوق التأليف ، وذلك لمصلحة المؤلفين الأجانب ولمصلحة المؤلفين المصريين معا » .

(٢) وتقضي المادة ٢٣ من مشروع جامعة الدول العربية بأن ينقضى حق الورثة في استغلال مصنف مورثهم بعد مرور ثلاثين سنة على وفاة المؤلف . وتقضي المادة ٢٧ من هذا المشروع بأن للورثة الذين لم يحق الاستغلال م : أولا - زوج المؤلف وفروعه . ثانيا - أصوله . ثالثا - إخوته ولا يجوز لأفراد فريق من هؤلاء مباشرة هذه الحقوق إلا بعد انقراض الفريق الذي يسبقه ، وتقسّم =

وأخيراً في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ ، صدر بالمشروع قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو قانون ، كما تقول مذكرته الإيضاحية ، « يكفل حقوق المؤلفين ، ويأخذ في هذا الصدد بأحدث المبادئ التي تضمنتها المعاهدات الدولية التي سلفت الإشارة إليها ، فضلاً عن مبادئ التشريعات المحلية في الدول الأوروبية . وتوفق أحكامه بين حقوق المؤلفين وحقوق الهيئة الاجتماعية ، كما توفق بين حقوق المؤلفين وحقوق الناشرين . وتبين مدى حق المؤلف ، وتظهر هذا الحق ، كما تورد تفصيلاً جامعاً غير مانع لأنواع المؤلفات والمصنفات التي تضي عليها الحماية » . وهذا هو القانون المعمول به في الوقت الحاضر .

وقد أعد مشروع جديد لحماية حق المؤلف ، لا يزال مشروعاً حتى اليوم . وقد جاء في مذكرته الإيضاحية ، بيانا لأسباب إعداده ولما يمتص على القانون المعمول به وقت طويل ، ما يأتي : « ولقد كان من الطبيعي ، بمناسبة مراجعة التشريعات القائمة مراجعة شاملة بقصد الملازمة بين أحكامها والتطورات الاشتراكية في مجتمعنا ، أن يعاد النظر في التشريع المنظم لحماية حق المؤلف في الجمهورية العربية المتحدة . ولذا فقد أعد هذا المشروع المرافق ، وهو يتضمن من المبادئ ما يتفق في مجملته مع أحدث المبادئ التي انتهت المؤتمرات الدولية السالفة الإشارة إليها إلى إقرارها ، وما تضمنه مشروع الجامعة العربية » . على أن هذا المشروع الجديد لا يتضمن جديداً ، إلا في مسائل قليلة أهمها : (١) جعل مدة الحماية بعد موت المؤلف خمسا وعشرين سنة بدلاً من خمسين (وخمس سنوات بدلاً من خمس عشرة سنة فيما يتعلق بنقل المناظر قفلاً) . ولعل هذا التعديل هو أهم ما جاء بالمشروع ، ولعله هو الغرض

« التلة بين المستحقين بالنسوى فيما بينهم . ولا تسمى وصية المؤلف لعل زوجه وفروعه فيأزاد عل الثلث . وتقضى المادة ١١ من نفس المشروع بأن يسقط حق المؤلف في ترجمة مصنفه إلى اللغة العربية إذا لم يباشر هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى عشر سنوات من تاريخ أول نشر المصنف ، وتجوز ترجمة المصنفات إلى اللغة العربية بعد مرور سنة من تاريخ طلب الترخيص في ترجمتها من المؤلف أو من آل إليه حق الترجمة دون قيامها ، وفي هذه الحالة يعرض المؤلف أو من آل إليه حق الترجمة تعديفاً عادلاً . (انظر نصوص هذا المشروع كاملة في كتاب حق المؤلف العربي للأستاذ مصطفى هب الرحن ص ٧٨ - ص ٩٠) .

الأساس من وضع المشروع ، وإن كان تعديلا ينقسم بالرجوع إلى الوراء في حماية حق المؤلف ، وهو على كل حال ليس من الاشتراكية في شيء . (٢) حلف المشروع من قانون سنة ١٩٥٤ النص الذي يسمح للمؤلف أن يوصى بحق استغلاله لمن يشاء من الورثة أو غير الورثة دون أن يتقيد في ذلك بنصاب الوصية . (٣) شدد المشروع العقوبة الجنائية التي تحمي حق المؤلف ، فجعلها الغرامة من ٢٠ جنيتها إلى ٥٠٠ ، وهي في القانون الحالي الغرامة من ١٠ جنديات إلى ١٠٠ . (٤) استحدث المشروع نصا موقفا لحماية المؤلف فيما يتعلق بالاتفاق الذي يبرمه مع الناشر ، فأجاز ، إذا اتضح أن هذا الاتفاق كان مجحفا بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد ، أن يقضى للمؤلف زيادة على ما اتفق عليه بجزء من الربح الصافي الذي ينتج عن استغلال المصنف . (٥) استحدث نصا فيما يتعلق بحق المؤلف في نشر رسائله ، ولكنه جاء نصا غير شامل للحقوق التي ترد على الرسالة . وتوجد في المشروع ، إلى جانب هذه التعديلات ، تعديلات أخرى تفصيلية غير هامة وتعديلات لفقضية محضة . وستتناول في أثناء شرحنا للقانون الحالي ، قانون سنة ١٩٥٤ ، كل ما استحدث المشروع من التعديلات ، حتى يكون الشرح شاملا للمشروع فيها إذا قدر له أن يصبح قانونا .

١٦٨ — غلط البعث : وننتقل إلى شرح أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو القانون المعمول به الآن في حماية حق المؤلف . وبعد أن نحدد في الفرع الأول ماهي المصنفات المحمية ومن يعتبر مؤلفا لها ، نعرض في الفرع الثاني لحقوق المؤلف وطرق حمايتها .

الفرع الأول

المصنفات المحمية ومؤلفوها

١٦٩ — المصنف والمؤلف : نبين أولا ما هو المصنف (oeuvre) الذي يضمن عليه القانون حمايته ، ثم نحدد من يعتبر مؤلفا (auteur) للمصنف حتى يتمتع بهذه الحماية .

المبحث الأول

المصنف

١٧٠ - الأساس الذي تقرر عليه الحماية هو ان ينظر بنفس النظر عن

قيمتها : تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون حماية المؤلف على ما يأتي : « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم ، أيا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصديقها » . وتنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من نفس القانون على ما يأتي : « وتشمل الحماية بوجه عام مؤلفي المصنفات التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة » (١).

ويتبين من هذه النصوص أن المصنف ، حتى يتمتع مؤلفه بحماية القانون ، يجب أن يستوفي ركنا شكليا وركنا موضوعيا .

أما الركن الشكلي فهو أن يكون المصنف قد أفرغ في صورة مادية يبرز فيها إلى الوجود ويكون معداً للنشر ، لأن يكون مجرد فكرة يعوزها الإظهار الذي تتجسم فيه . فيجب إذن أن يكون مظهر التعبير عن الفكرة قد بلغ الغاية من الوضع المستقر ، فتكون أصول المصنف المكتوب مثلا ليست مجرد مشروع لا يزال قيد النظر والتفكير والتعديل ، بل يجب أن تكون هذه الأصول قد أخذت وضعها النهائي وأصبحت معدة للطبع والنشر . ولاهم بعد ذلك نوع المصنف ، ولا طريقة التعبير عنه ، فإن طرق التعبير عن المصنفات تتعدد بحسب نوعها . ففيها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الكتابة ، وهذا هو شأن المصنفات الأدبية والعلمية ، وهي تستوفي ركنها الشكلي بمجرد أن تصبح الأصول المعدة للطبع قد بلغت مرحلتها النهائية وليست الثوب الذي تظهر فيه للجمهور . ومن المصنفات ما يكون مظهر التعبير عنه هو الصوت ، وهذا هو شأن المصنفات الموسيقية والمصنفات التي تليق شفويا كالحاضرات والمحطبات

(١) وقد نقل المفروض الجديد المادة ١/١ كما هي ، وأغفل نص المادة ٢/٢ .

والمواظ. ومنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الرسم أو التصوير ، وهذا هو شأن المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العارة والمصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية . ومنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الحركة ، وهذا هو شأن المصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات كالتثيل والرقص والألعاب وتكون معدة ماديا للإخراج . ومن هنا جاءت الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون حماية حق المؤلف تجمل ما سبق تفصيله ، فتقول كما رأينا : « وتشمل الحماية بوجه عام المصنفات التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة » (١) . أما الفكرة التي لم تلبس ثوبها النهائي ، فهذه تبقى مجرد فكرة لا يتولى القانون حمايتها . ولكل شخص أن يتناولها ، مؤيدا أو مفندا ، على أن ينسبها لصاحبها . وأما الركن الموضوعي فهر أن يكون المصنف قد انطوى على شيء من الابتكار ، بحيث يستبين أن المؤلف قد خلع عليه شيئا من شخصيته . فلا ابتكار هو الأساس الذي تقوم عليه حماية القانون ، وهو الثمن الذي تشتري به هذه الحماية . والمصنف الذي يكون مجرد ترديد لمصنف سابق ، دون أن يكون فيه أثر للابتكار ودون أن يحمل طابع شخصية المؤلف ، لا يدخل في حماية القانون . وليس من الضروري أن يكون الابتكار ذا قيمة جدية ، فأى ابتكار مهما تكن قيمته يكفي ، وتقول المادة ١/١ من قانون حماية حق المؤلف كما رأينا : « أيا كان نوع هذه المصنفات ... أو أهميتها » . وكذلك ليس من الضروري أن يستحدث الابتكار جديداً ، فالخلة لا تشترط في الابتكار ، ويكفي أن يضفي المؤلف على فكرة ولو كانت قديمة شخصيته ، وأن تتميز بطابعه ، حتى يكون هناك ابتكار يحمي القانون .. وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون حمايا حق المؤلف : « والحكم في كون المصنف مبتكراً أو غير مبتكر يرجع لتقدير القضاة » (٢) .

(١) ولا مقابل لهذا النص في المشروع الجديد كما قلنا ، ولكن جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في صدد المادة الأولى منه : « وتوضح المادة أن هذه الحماية تشمل كل مصنف أيا كان مظهر التعبير عنه ، أي سواء كانت الصورة المادية التي يبرز فيها إلى الوجود هي الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحفر أو النحت أو التمثيل أو البهارة أو الحركة » .

(٢) وليس لقاضي ، في تقديره لتوافر شرط الابتكار ، أن يقدر القيمة العلمية أو الفنية =

وقد قلنا أن نوع المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو الغرض من تصنيفها لا يهم ، فيدخل في حماية القانون أى نوع من المصنفات ، أيا كانت طريقة التعبير عنه ، وأيا كان الغرض من تصنيفه . ويمكن تقسيم المصنفات التى يحمىها القانون إلى أنواع ثلاثة : المصنفات الأدبية والعلمية (oeuvres littéraires et scientifiques) والمصنفات الفنية (oeuvres artistiques) ، والمصنفات الموسيقية (oeuvres musicales) . ذلك أن المصنفات الأدبية والعلمية إنما يكون تأثيرها واقعا على العقل والتفكير ، فى حين أن كلا من المصنفات الفنية والمصنفات الموسيقية يتجه تأثيرها المباشر إلى الحس والشعور . وتختلف المصنفات الفنية عن المصنفات الموسيقية : فى أن الأولى لا بد أن يقوم بتنفيذها المؤلف نفسه كالصور يرسم اللوحة والنحات يصنع التمثال ، فى حين أن المصنفات الموسيقية يجوز أن يقوم بتنفيذها المؤلف نفسه أو يقوم بها غير المؤلف . وتتناول بالبحث هذه الأنواع الثلاثة من المصنفات .

المطلب الأول

المصنفات الأدبية والعلمية

١٧١ - أمثلة للمصنفات الأدبية والعلمية وردت فى القانون :
أوردت المادة ١/٢ من قانون حماية حق المؤلف ، على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر^(١) ، أمثلة للمصنفات المحمية على مختلف أنواعها . وذكر النص من أمثلة المصنفات الأدبية والعلمية ما يأتى :

١ - المصنفات المكتوبة ، وهذه تشمل جميع المصنفات التى تصل إلى الجمهور عن طريق الكتاب ، فيدخل فيها المصنفات الأدبية والتاريخية والجغرافية

١ - المصنف ، فقد يطوى كتاب على الابتكار حتى لو كان هذا الكتاب من الكتب المدرسية ، أو حتى لو كان الكتاب لا يقرأ إلا العامة . (استئناف نسط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٥٧) - إسحاق غانم فى النظرية العامة للحق ص ٥٧ - منصور محطى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٧١ .

(١) وتقول للملكة : الإيضاحية لقانون فى هذا الصدد : « وأوردت المادة الثانية بياناً للمصنفات التى تشملها هذه الحماية ، وذلك على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر » .
والفصل ١/٢ من القانون ٢ من المرسوم الجعدي .

والفلسفية والاجتماعية والقانونية والطبية والهندسية والزراعية والرياضية والكيمائية والفيزيائية والبيولوجية ودواوين الشعر والأزجال وجميع المصنفات المتعلقة بمختلف فروع الآداب والعلوم . ويدخل فيها أيضاً المصنفات في تاريخ الفنون المختلفة وفي تاريخ الموسيقى ، أما الفنون والموسيقى ذاتها فهذه هي المصنفات الفنية والموسيقية التي سيأتى ذكرها .

٢ - المصنفات التي تلقى شفويا ، كالمحاضرات والخطب والمواظع وما عائلها . ويراد بذلك ما لم يعد من قبل مكتوبا ، وإلا دخل في المصنفات المكتوبة ويكون إلّاؤها بعد كتابتها هو نقلها إلى الجمهور مباشرة بطريق التلاوة العلنية ، وسيأتى أن التلاوة العلنية هي طريق من طرق النشر . ويفهم من ذلك أن المصنفات التي تلقى شفويا ولا تدخل في المصنفات المكتوبة هي المحاضرات والخطب والمواظع ودروس الأساتذة والنلوات التي تدور فيها المناقشات المختلفة وما إلى ذلك ، بشرط أن يكون كل ذلك مرتجلا لم يكتب من قبل ، فيكون اللباس المادى الأول الذى أبرز فيه المصنف هو الكلام لا الكتابة ، ويكون الكلام هو الشكل الذى تجسم فيه المصنف وهو في الوقت ذاته طريق النشر الذى اختاره المؤلف . وعلى ذلك تشمل الحماية هذه المصنفات ، فلا يجوز مثلا جمع المحاضرات أو الدروس التي ألقاها أحد الأساتذة ، أو المواظع التي ألقاها أحد الوعاظ ، ونشرها دون إذن المؤلف .

٣ - المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية . وهذه مصنفات تكون في الأصل مكتوبة ، فتدخل في عموم المصنفات المكتوبة . وإنما خصها المشرع بالذكر إبرازاً لأهميتها ، ولأنها كثيرة التداول في الحياة العملية . والمصنفات المسرحية تشمل كل أنواع المسرحيات ، من تراجمي إلى دراما إلى كوميدي إلى فودفيل إلى غير ذلك من أنواع المسرحيات . وتتجسم في مصنفات مكتوبة كما قدننا ، فتشملها الحماية . ومن ثم لا يجوز لأحد نشرها عل الجمهور . ونلنشر هنا يكون بطريق التمثيل المسرحى كما سيأتى - إلا بإذن المؤلف . والمسرحيات الموسيقية تشمل الأوبرا والأوبرا كوديك والأوبريت وغير ذلك من المسرحيات الموسيقية . وهي تتكون من عنصرين : أحدهما المسرحية نفسها ، أى الكلام الذى تشتمل عليه المسرحية ، وتدخل في نوع المصنفات

الأدبية التي نحن في صدد بحثها . والعنصر الثاني الموسيقى التي تقترن بالكلام ، وهذه أيضاً تحمى باعتبارها من المصنفات الموسيقية وسيأتى بيانها . والمصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية غير الروايات والقصص ، ولكنها جميعاً تشملها الحماية متى تجسدت في الكتابة باعتبارها من المصنفات الأدبية ، فلا يجوز نشرها على الجمهور بغير إذن المؤلف . وقد نصت ، تطبيقاً لذلك ، المادة ١/١٤ من قانون حماية حق المؤلف على أنه « لا يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل ... الروايات للمسلسلة والقصص الصغيرة التي تنشر في الصحف والنشرات الدورية الأخرى بدون موافقة مؤلفها » .

٤ - المصنفات السينمائية . وسنرى أن هذه المصنفات تتركب من عدة مصنفات داخلية ، وفق فيما بينها حتى أصبحت مصنفات سينمائية . ففي المصنف الأدنى الذي وضع في شكل يجعله ملائماً للفن السينمائي ، وفيها السيناريو وهي الفكرة المكتوبة للإذاعة بطريق السينما ، وفيها الحوار الذي وضع على ألسنة الممثلين السينمائيين ، وفيها الموسيقى إذا وضعت خصيصاً للمصنف السينمائي ، وفيها الإخراج إذا قام بعمل إيجابي من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف السينمائي ، وفيها غير ذلك مما سيأتى ذكره . وهناك مزيج من مصنفات أدبية ومصنفات فنية ومصنفات موسيقية ، ينتهي إلى أفلام سينمائية معدة للنشر عن طريق الإذاعة السينمائية . ولا يجوز نشرها إلا بإذن من مؤلفها ، وسيأتى بيان من هم هؤلاء المؤلفون (١) .

٥ - المصنفات التي تعد تخصيصاً أو تداع بواسطة الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون . وهذه كلها مصنفات مكتوبة ، أعدت للإذاعة عن طريق الراديو (الإذاعة اللاسلكية) أو عن طريق التلفزيون . وهي مصنفات متنوعة ، ففي الأحاديث والقصص والمسرحيات والموسيقى والأغاني والأخبار والتعليقات والخطب والمحاضرات وغير ذلك مما نسمعه عادة عن طريق الراديو أو نراه عن طريق التلفزيون . فهي خليط من مصنفات أدبية وعلمية ومصنفات موسيقية ومصنفات فنية ، وكلها تشملها الحماية فلا يجوز نشرها أو إذاعتها إلا بإذن من المؤلف .

(١) انظر ما على فقرة ٢٠٠ وما بعدها .

١٧٢ - **عنوان المصنف** : وقد نصت المادة ٣/٢ - من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « وتشمل الحماية كذلك عنوان المصنف إذا كان متميزاً بطابع ابتكاري ، ولم يكن لفظاً جارياً للدلالة على موضوع المصنف » (١). وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون سالف الذكر : « كما تضمنت (المادة ٢) النص على امتداد الحماية إلى عنوان المصنف ، إلا إذا كان العنوان عبارة تدل على موضوع المصنف وليست متميزة بطابع ابتكاري . وقد قصد بهذا النص أن يكون حائلاً دون انتفاع مصنف من شهرة مصنف آخر بانتحال عنوانه » .

فيشترط إذن في عنوان المصنف ، حتى تشملها الحماية ، أن يكون متميزاً بطابع ابتكاري . وأكثر عناوين المصنفات في العصور الحديثة ليست متميزة بهذا الطابع الابتكاري ، وليست إلا ألفاظاً جارية للدلالة على موضوع المصنف ، فلا تشملها الحماية . فإذا وضع مؤلف مصنفاً في التاريخ مثلاً ، وأسماء « تاريخ أوروبا في العصور الوسطى » ، أو مصنفاً في القانون وأسماء « النظرية العامة للالتزام » ، أو مصنفاً في الرياضيات وأسماء « حساب المثلثات » ، إلى غير ذلك من العناوين التي قصد بها أن تدل على موضوع المصنف دون أن يكون للعنوان طابع ابتكاري ، جاز لأي مؤلف آخر أن يكتب في نفس الموضوع متخذاً نفس العنوان ، ويتميز مصنفه عن المصنف السابق ، لا بالعنوان فهو واحد في المصنفين ، ولكن باسم المؤلف ، وقد يتميز أيضاً باسم الناشر وتاريخ النشر ، ثم يتميز أخيراً بالطابع الابتكاري الذي أضفاه المؤلف على عرض المسائل التي يشتمل عليها المصنف . أما إذا اختار المؤلف لمصنفه عنواناً يحمل طابع الابتكار ، كأن أسماه « مرشد الحيران » ، أو اختار صاحب المحلة لمحلته عنوان « مصر المعاصرة » ، أو « مجلة القانون والاقتصاد » ، أو « الرسالة » ، أو « الثقافة » ، أو صاحب الجريدة لجريدته عنوان « الأهرام » ، أو « الأخبار » ، أو حملت سلسلة من المصنفات عنواناً مبتكراً كسلسلة المصنفات المعروفة بعنوان « اقرأ » ، أو حملت أغنية عنواناً خاصاً بها كعنوان « أنت

(١) لم يرد في الشروح الجديد نص يقابل هذا النص . ولكن يمكن القول إن عنوان المصنف هو جزء منه لا يتجزأ ، فتسحب الحماية التي تشمل المصنف إلى عنوانه إذا توافر فيه شرط الابتكار . عل أن نظرية المزاجية غير المشروعة تكن لحماية عنوان المصنف ، بل هي أكثر ملاحظة لهذه الحماية ، وسرى أن القضاء الفرنسي استند إلى هذه النظرية .

عمرى ، أو « أمل حياتي » ، واشتهر المصنف وحاز ذيوها تحت هذا العنوان ، فإن هذا العنوان المبتكر يصبح جزءاً من المصنف نفسه ، وتشمله الحماية التي تشمل المصنف . فلا يجوز في هذه الحالة أن يتخذ مؤلف آخر نفس العنوان لمصنفه ، إذ يخشى عندئذ أن يقع الالتباس بين المصنف السابق والمصنف اللاحق ، وأن يتمتع المصنف اللاحق دون حق بالشهرة التي تمتع بها المصنف السابق عن طريق انتحال عنوانه .

على أن القضاء الفرنسي بتشدد كبيراً في الاعتراف لعنوان المصنف بطابع الابتكار ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مصنفاً يحمل عنوان (Oueule d'amour) لا يحمل عنواناً مبتكراً ، بل هو عنوان مأخوذ من ألفاظ اللغة الدارجة ، فلا تشمله حماية حق المؤلف^(١) . كذلك قضت المحاكم الفرنسية أن عناوين مثل "Louise" و "Le feu" و "La marche funèbre" و "Le printemps chante" و "Chanson d'amour" ، عناوين خالية من الابتكار الذي يستوجب الحماية ، إذ هي مأخوذة من الألفاظ الدارجة^(٢) . ولكن القضاء الفرنسي ، مع هذا التشدد ، يحمي هذه العناوين التي يعتبرها خالية من الابتكار عن طريق آخر ، فهو إذا كان لا يشمها بالحماية التي يشمل بها حق المؤلف ، إلا أنه يحميها عن طريق المزاومة غير المشروعة . فإذا اتخذ مصنف عنواناً هو عنوان مصنف سابق ، حتى لو كان العنوان خالياً من الابتكار ، ووقع التباس بين المصنفين أفاد منه المصنف اللاحق بسبب ما حازاه المصنف السابق من الشهرة ، فخلق المصنف اللاحق الضرر للمصنف السابق ، جاز المحكم بتعويض عن هذه المزاومة غير المشروعة^(٣) . ويترتب على الاستناد إلى نظرية المزاومة غير المشروعة أن القضاء لا يكون مقيداً بمدة الحياة التي حددها

(١) نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٩٧ .

(٢) السين ١٤ مارس سنة ١٩٢٢ جازيت دي تريبيو ١٩٢٢ - ١ - الأسبوع الثاني - ٢٣٨ - ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت دي پاليه ١٩٢٨ - ١ - ٣٢٥ - ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣١ - ١ - ٧٧٣ - باريس ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت دي پاليه ٩٤٧ - ٢ - ١٩٣٣

(٣) باريس ٩ يولييه سنة ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢ - ٧٤٩ - السين للتجارية ٣١ ديسمبر

سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ١٥٦ .

القانون فقد تبقى مجلة أو جريدة مدة أطول من خمسين سنة بعد موت صاحبها ،
وتحمى مع ذلك من مزاحمة غير مشروعة تأتي من اتخاذ عنوانها عنواناً لهلة
أو جريدة أخرى . وعلى العكس من ذلك قد تختفى مجلة أو جريدة بعد مدة
أقل من مدة الحماية القانونية ، فينساها الجمهور ولا يعود هناك ثمة التباس
يفسأ من اتخاذ مجلة أو جريدة أخرى نفس العنوان ، فلا محل إذن لتطبيق
مبدأ المزاحمة غير المشروعة^(١) . ونرى من ذلك أن نظرية المزاحمة غير
المشروعة ، التي استند إليها القضاء الفرنسي ، هي أكثر ملائمة لحماية عناوين
المصنفات^(٢) .

١٧٣ — المصنفات المشتقة من مصنفات سابقة : يقع كثيراً أن يعتمد
المؤلف إلى وضع مصنف لا يكون مصنفًا أصيلاً لم يسبقه إليه أحد ، بل يكون
مشتقاً من مصنف سابق ، ومع ذلك تشمله حماية حق المؤلف .

واشتقاق مصنف لاحق من مصنف سابق يتلرج من مجرد إعادة إظهار
المصنف كما هو وفى لفته الأصلية ، إلى حد إظهار المصنف فى لغة أخرى
غير لفته الأصلية عن طريق الترجمة ، فيقرب المصنف اللاحق من المصنف
السابق أو يعيد على درجات متفاوتة .

١ — فأقرب ما يكون المصنف اللاحق من المصنف السابق عندما يعاد
إظهار المصنف السابق كما هو دون أى تعديل ، إما لأن هذا المصنف قد آل
إلى الملك العام بعد انقضاء مدة حمايته فأصبح مباحاً لأي ناشر أن يعيد إظهاره
دون أن يستأذن أحداً ودون أى مقابل ، أو لأن المصنف اللاحق هو عبارة
عن مجموعات لبعض الوثائق الرسمية كتصوص القوانين والأحكام القضائية
حيث يجوز لأي ناشر أن يعيد إظهار هذه الوثائق دون أن يستأذن أحداً ودون
أى مقابل . أو أن المصنف اللاحق هو مختارات من مصنف أو مصنفات
سابقة وفى هذه الحالة يجب على مؤلف هذه المختارات أن يستأذن فى النشر
مؤلفي المصنفات التي اختار منها أو خلفاء هؤلاء المؤلفين .

(١) نقض فرنسي ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٩ - ٤٥٠ .

(٢) ويثار الحق الأدبي للمؤلف إذا اتخذ عنوان مصنفه عنواناً للمهامة من الملامى الرسمية
أو لصفة يراد ترويجها (ديبوا فى حق المؤلفات ققرة ٣٥ - ققرة ٤٨) .

٢- ويبعد المصنف اللاحق قليلا عن المصنف السابق ، إذا أعاد مؤلف إظهار المصنف السابق ولكن بعد إضافة إليه من شرح أو تعليق أو تعريف ، أو بعد تحويره وتعديله عن طريق المراجعة والتنقيح ، أو بعد تحقيق دقيق ومقارنة ما بين مختلف مخطوطاته وهذا ما يعرف بنشر المخطوطات القديمة . وفيما عدا نشر المخطوطات القديمة ، يجب على مؤلف المصنف اللاحق أن يستأذن مؤلف المصنف السابق أو خلفاءه قبل نشر المصنف السابق مشروحا أو معاذا عليه أو معرقا أو معدلا بعد المراجعة والتنقيح .

٣- ويبعد المصنف اللاحق عن المصنف السابق بدرجة أكبر ، إذا عمد مؤلف المصنف اللاحق ، لا إلى إظهار المصنف السابق كما هو ولو بعد الإضافة أو للتنقيح أو التحقيق ، بل إلى الاقتباس منه عن طريق التلخيص أو عن طريق التحويل من لون من ألوان الآداب أو العلوم أو الفنون إلى لون آخر . وفي جميع هذه الأحوال يجب على مؤلف المصنف اللاحق أن يستأذن مؤلف المصنف السابق أو خلفاءه قبل نشر التلخيص أو التحويل من لون إلى لون آخر .

٤- ويزداد بعد المصنف تالاحق عن المصنف السابق ، إذا عمد مؤلف المصنف اللاحق إلى إظهار المصنف السابق كما هو ولكن في لغة أخرى غير لغته الأصلية ، وذلك عن طريق الترجمة . وفي هذه الحالة يجب على المترجم أن يستأذن مؤلف المصنف الأصلي أو خلفاءه قبل أن ينشر ترجمة المصنف^(١).

هذه درجات متفاوتة في اشتقاق مصنف لاحق من مصنف سابق : إعادة إظهار المصنف الأصلي كما هو ، وإعادة إظهاره بعد الإضافة أو التنقيح أو التحقيق ، والاقتباس من المصنف السابق عن طريق التلخيص أو التحويل ، وترجمة المصنف السابق إلى لغة أخرى . ويجب حتى يتمتع مؤلف المصنف اللاحق ، في جميع هذه الأحوال الأربع ، بالحماية الواجبة لحق المؤلف ، أن يكون هذا المؤلف قد بذل قدرا من الجهد في الابتكار بحيث يضمن على المصنف اللاحق شيئا من شخصيته ، فيتميز المصنف اللاحق عن المصنف السابق بهذا

(١) وإذا كانت الترجمة تحمل المصنف اللاحق أبعد ما يكون عن المصنف السابق ، فذلك فقط من حيث اللفظ ، فيتميز المصنفان أحدهما عن الآخر بقدر ما تتباعد اللتان . أما من حيث المعنى ، فالترجمة أقرب ما تكون إلى الأصل ، إذ المفروض أن الترجمة هي تادية حقيقة لنفس المعاني التي وردت في الأصل وإن اعطت اللفظ .

القدر من الابتكار والشخصية . ولا شك في أن ذلك متحقق في الحالات الثلاث الأخيرة ، بحكم الإضافة أو التثنية أو التحقيق ، وبحكم التلخيص أو التحويل ، وبحكم الترجمة إلى لغة أخرى . أما في الحالة الأولى ، وهي حالة إعادة إظهار المصنف الأصلي كما هو ، فيجب حتى يتمتع المؤلف بالحماية أن يتوافر شرط الابتكار والشخصية .

ونستعرض الآن تفصيلاً هذه الحالات الأربع .

١٧٤ - المادة الأولى - إعادة إظهار المصنف الأصلي كما هو :

تنص المادة ٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٩ لا تشمل الحماية : أولاً - المجموعات التي تنتظم مصنفات عدة ، كمختارات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من المجموعات ، وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل مصنف . ثانياً - مجموعات المصنفات التي آلت إلى الملك العام . ثالثاً - مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم والوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية - ومع ذلك تتمتع المجموعات سالفة الذكر بالحماية إذا كانت متميزة بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب أو أى مجهود شخصي آخر يستحق الحماية »^(١).

ويشير النص في صدره إلى المادة ١٩ من قانون حماية حق المؤلف ، مشروطاً بعدم الإخلال بحكمها . والمادة ١٩ هذه تقضي بأنه إذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، انتقل حق تقرير النشر إلى من يخلفونه ، فيباشرون هذا الحق وحقوق المؤلف الأخرى ، على أنه إذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمر آخر وجب تنفيذ ما أوصى به . فيجب إذن ، قبل نشر المجموعات المشار إليها في المادة ٤ مألقة الذكر ، مراعاة ألا تؤخذ هذه المجموعات من مصنفات مات مؤلفوها قبل تقرير نشرها ، ولم يقرر

(١) يطابق هذا النص نص المادة ٤ من المشروع الجديد ، فيما عدا أن المشروع الجديد قد أغفل عبارة « مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٩ » ، وفي أنه وضع لفظ « القرارات » بدلا من لفظ « المراسيم » .

نشرها خلفاء هؤلاء المؤلفين لأشباه سائفة ، أو أوصى المؤلفون قبل موتهم
 ألا تنشر أو أن تنشر في ميعاد معين لم يحن بعد .

ثم إن المادة ٤ ، بعد هذا التحفظ ، تعرض لثلاث طوائف من المصنفات
 ليست إلا إعادة لإظهار مصنفات أصلية سابقة عليها . وهذه هي بالترتيب
 الذى اخترناه .

(الطائفة الأولى) مجموعات المصنفات التى آلت إلى الملك العام : فهذه
 مصنفات قد انقضت مدة حمايتها فأصبحت من الأملاك العامة ، بما لا يجعل
 لأحد عليها حقاً خاصاً به دون سواه . فإذا عمد شخص إلى إعادة نشر هذه
 المصنفات كما هي ، فإن له هذا الحق ، ولا يطالبه أحد من خلفاء مؤلفي هذه
 المصنفات بمقابل لذلك . وهناك رأى يتجه إلى فرض مقابل زهيد على الناشر
 في هذه الحالة ، ولكن هذا المقابل لا يتقاضاه خلفاء مؤلف المصنف الذى
 أعيد نشره ، فهؤلاء قد انقضت حقهم في الحماية كما قدمنا . وإنما تتقاضاه
 الدولة ، وترصده لنشر مصنفات أخرى يكون نشرها غير مجز من الناحية
 المادية ، أو ترصده لمساعدة من يحتاج إلى المساعدة من المؤلفين^(١) . ولكن
 هذا الرأى لم يجد مكاناً له في التشريع المصرى ، لا في التشريع القائم ولا في
 المشروع الجديد .

فإذا ما نشر شخص مصنفاً آت إلى الملك العام ، لم يدفع مقابلاً لأحد ،
 وله أن يستغل هذا المصنف دون مقابل ويبيع النسخ التى طبعها منه لحسابه
 وحده . ولكن هذا المصنف الذى نشره لا يتمتع بالحماية ، فهو قد آت إلى

(١) وهذا النظام هو اصطلاح على تسميته « بالملك العام المطلق » *domaine public*
payant . وقد انبرى للدفاع عنه أنصار متحمسون ، وقدم به في فرنسا مشروع قانون
 أقرته الجمعية الوطنية في ١٣ فبراير سنة ١٩٤٨ . ولكن مجلس الجمهورية رفضه في ١٥ مايو
 سنة ١٩٤٨ ، موثقاً عليه مشروعاً آخر أعدته لجنة القومية الوطنية ، ويقضى بفرض رسم زهيد
 (٢ في الألف) على كل مصنف ينشر سواء آت إلى الملك العام أو لم يؤول . وهذا الرسم ، على
 ضلالتة ، يعود بحسبته على صاحب الحقبة التى يتجه من مشروع « الملك العام المطلق » . ولكن هذا
 المشروع الأخير لم يترجمه أيضاً ، ولم يقدر لأهله من المشروعين أن يجد سبيلاً إلى التشريع الذى نسى
 الأخير لحماية حق المؤلف الذى صدر في ١١ مارس سنة ١٩٥٧ . انظر أنسيكلوبيدى دالوز ٤
 نكظ *Prop. Lit. et Art.* فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٢٠ .

الملك العام كما قدمنا ، ومن حق أى شخص آخر أن ينشره هو أيضاً ، ولوعن طريق نقله من نسخة من النسخ التى طبعها الشخص الأول . وليس لهذا الشخص الأول أن يعترض على ذلك ، فهو لا يعتبر مؤلفاً للمصنف الذى نشره إذ هو قد اقتصر على إعادة إظهاره كما هو دون أى تغيير ، فلا تكون له عليه حقوق المؤلف . ويكون هذا هو الحكم أيضاً فيما إذا أعاد الشخص نشر مجموعات من المصنفات التى آلت إلى الملك العام ، لا مصنفاً واحداً منها . ويجوز لغيره أن ينقل هذه المجموعات عنه دون إذن ، إذ أن هذه المجموعات قد آلت كلها إلى الملك العام .

لكن إذا بدل الشخص جهداً مبتكراً فى جمع هذه المصنفات التى آلت إلى الملك العام ، كأن رتبها ترتيباً مبتكراً متبعا فى ذلك خطة ابتدعها ، فوضع مثلاً المصنفات التى ترجع إلى عهد واحد بعضها إلى جانب بعض ليدل بذلك علىميزات ذلك العهد ، أو وضع المصنفات التى وضعها مؤلف واحد مرتبة بحسب أدوار تاريخ هذا المؤلف ليدل بذلك على ما وقع من تطور فى أسلوب هذا المؤلف أو فى تفكيره ، فإن فى هذا قدراً كافياً من الابتكار يضمن على المجموعة شخصية جامعتها ، ويكون لناشر هذه المجموعة حق المؤلف عليها ، فلا يجوز لأحد ، دون إذن ، أن يعيد نشر المجموعة بالترتيب الذى توخاه فى جمعها^(١) .

(١) وقد نفتت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل أن مجموعات المصنفات القديمة التى آلت إلى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها إذا أعيد طبعها ونشرها لا يكون لصاحب الطبعة الجديدة حق المؤلف عليها ، إلا أنه إذا تميزت هذه الطبعة عن الطبعة الأصلية المنقول عنها بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب فى التنسيق أو بأى مجهود آخر ذفى يتم بالطابع الشخصى ، فإن صاحب الطبعة الجديدة يكون له عليها حق المؤلف ويتبع بالحماية المقررة لهذا الحق ، إذ لا يلزم لإضفاء هذه الحماية أن يكون المصنف من تأليف صاحبه ، وإنما يكفي أن يكون عمل واضحاً جديداً فى نوعه مميّزاً بطابع شخصى خاص بما يضمن عليه وصف الابتكار - وهذه القواعد التى قررها الفقه وانقضاء من قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف قد قننها القانون بما نص عليه فى المادة الرابعة منه . فإذا كانت محكمة الموضوع قد سجلت - وفى حدود سلطاتها التقديرية - أن المطعون ضده مهد لكتابه مقدمة بقلمه تتضمن تراجم المؤلف الأصل لكتابه والشاorch له ، استثنى عناصرها من أمهات المكتب القديمة ، ولم يكن لها نظير فى الطبعة الأصلية التى نقل عنها ، وأن كتاب المطعون ضده يتميز عن هذه الطبعة بترتيب خاص فريد فى نوعه ويظهر من

(الطائفة الثانية) مجموعات الوثائق الرسمية : فهذه الوثائق حق شائع للجميع ، إذ يراد بها أن تكون في متناول كل فرد بحيث يمكنه الاطلاع عليها ومعرفة محتوياتها . من ذلك نصوص القوانين والمراسيم والقرارات واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية . فلكل شخص أن ينشر مجموعات من هذه الوثائق دون أن يدفع مقابلاً لذلك ، ودون أن يستأذن أحداً . ولكن لا يكون له على هذه المجموعات حق المؤلف ، لأنه لم يبتكر شيئاً ، بل هو اقتصر على نقل الوثيقة الرسمية كما هي . ويجوز لأي شخص آخر أن يعيد نشر هذه المجموعات ، ولو بنقلها عن المجموعات التي سبق للشخص الأول أن نشرها ، وذلك دون دفع أي مقابل له ، بل ودون استئذانه .

لكن إذا بذل الشخص جهداً مبتكراً في جمع هذه الوثائق الرسمية ، ونشرها في مجموعات تحمل طابع هذا الجهد المبتكر ، فإنه يكون له عليها حق المؤلف ، ولا يجوز لأحد أن ينقل عنه دون استئذانه . مثل ذلك أن يجمع الشخص القوانين والمراسيم والقرارات واللوائح مرتبة بحسب موضوعاتها ، وأن يرتب هذه الموضوعات ترتيباً أبجدياً ، بحيث يتيسر للباحث أن يجد الموضوع الذي يريده عن طريق الترتيب الأبجدي ، وأن يجد القوانين وغيرها من مراسيم وقرارات ولوائح مدونة تحت هذا الموضوع . ومثل ذلك أيضاً أن يجمع الشخص الاتفاقات الدولية بعد أن يرتبها تبعا لخطة يبتكرها ، كأن يجمع الاتفاقات مع كل دولة على حدة مع ترتيبها بحسب موضوعاتها أو بحسب تواريخها . ومثل ذلك أخيراً أن يجمع الشخص الأحكام القضائية التي صدرت في السنة الواحدة ، مرتبة بحسب المحكمة التي صدرت منها ، وبحسب موضوعاتها أو بحسب تواريخها ، فإذا أضاف إلى ذلك موجزاً للحكم كان في ذلك إضافة تنقلنا إلى الحالة الثانية التي سيأتى ذكرها . وذلك مألوف في مجموعات الأحكام القضائية التي ترتب على هذا النهج ، كمجموعات الأحكام التي تصدرها محكمة النقض ، أو التي تصدرها المجموعة الرسمية ، أو التي تصدرها مجلة المحاماة ،

— منظم ، وأنه أدخل على الطبعة الأصلية تنقيحات أجراها أحد العلماء المختصين ، فإن هذا الذي سجلته محكمة الموضوع تتوافر به عناصر الابتكار التي يتم بالطابع الشخصي لصاحبه ، ولا يكون حل المحكمة بعد ذلك مقبلاً فيما انتهت إليه من اختيار المطعون ضده مستأعلاً للعبارة المقررة لحق المؤلف (نقض مدعي ٧ يولييه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠)

أو التي تصدرها مجموعات دالوز وسيريه وغيرها من المجموعات الفرنسية .
 (الطائفة الثالثة) مختارات الشعر والنثر وغيرها من المجموعات : وهذه
 منقولة عن مصنفات سابقة في الشعر والنثر وغيرها من فنون الأدب أو من
 مصنفات علمية . فإذا كانت هذه المصنفات السابقة لا تزال تشملها الحماية ،
 فلا بد للمؤلف الذي جمع هذه المختارات من استئذان مؤلفي هذه المصنفات
 السابقة أو خلفائهم ، وتقول المادة ٤ سائلة الذكر صراحة في هذا المعنى :
 « وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل مصنف » . أما إذا كانت المصنفات
 السابقة قد انقضت مدة حمايتها وأُكلت إلى الملك العام ، فإن المؤلف الذي جمع
 المختارات لا حاجة له في استئذان أحد ، وتكون قد عدنا إلى الطائفة الأولى
 سائلة الذكر الخاصة بنشر مجموعات من المصنفات التي آلت إلى الملك العام .
 وفي الحالتين لا يكون لجامع هذه المختارات في الأصل حق المؤلف على المجموعة
 التي اختارها ، إذ هو قد اقتصر على جمع أقوال غيره دون أي ابتكار من جهته .
 ويجوز لأي شخص نقل المجموعة وإعادة نشرها دون أن يدفع أي مقابل ،
 ودون أن يستأذن الجامع الأول لهذه المختارات .

ولكن يقع في المختارات أن تكون مجموعاتها تحمل طابع الابتكار
 والشخصية . مثل ذلك مختارات البارودي في شعر المولدين ، فقد جمعها
 البارودي من دواوين مختلفة بعضها غير منشور ، ورتبها بحسب موضوعاتها
 من مدح ورماء وغزل وما إلى ذلك ، ثم اختار لكل شاعر من المولدين الجيد
 من شعره وأغفل ما لم يجده جيدا . وفي هذا كثير من الابتكار يجعل لجامع
 هذه المختارات حق المؤلف على مجموعته ، فلا يجوز لأحد أن ينقلها دون
 استئذانه هو أو خلفائه من بعده إلى أن تنقضي مدة الحماية . كذلك قد تحمل
 مختارات النثر والعلوم طابع الشخصية والابتكار على النحو الذي رأيناه في
 مختارات الشعر ، فيكون للجامع حق المؤلف ولا يجوز نقل مجموعته دون
 استئذانه أو استئذان خلفائه^(١)

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف فيما نحن بصدده ما يأتي :
 « أما فيما يصل بالمجموعات كالوثائق الرسمية ونصوص القوانين والاتفاقات الدولية والمراسم
 والأوامر والأحكام القضائية وغيرها ، فلها لا تدخل بطبيعتها في نطاق المصنفات المحمية ، لأنها
 وثائق عامة تضمها الدولة ، فلا يستأثر بها فرد دون آخر ، بل هي حق شائع للجميع على أن -

١٧٥ - المادة الثانية - إعادة إظهار المصنف الأصلي بعد إضافته

أو التفتيح أو التحقيق : تنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف إلى لغة أخرى ، أو بتحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه أو بتحويله أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأي صورة تظهره في شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلي » (١) .

وبعرض هذا النص لجميع الأحوال الثلاث الباقية ، والذي يعنينا منه هنا هو الحالة الثانية التي نحن بصددنا ، فنقتصر من النص على العبارة الآتية : « يتمتع بالحماية من قام ... بتحويله (تحويل المصنف) أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأي صورة تظهره في شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأصلي » . فهذه الحالة الثانية إذن تضم صوراً ثلاثاً : (١) إعادة إظهار المصنف الأصلي ، ولكن بعد إضافة إليه من شرح أو تعليق . (٢) إعادة إظهار المصنف الأصلي ، ولكن بعد تحويله وتعديله عن طريق المراجعة ،

= الحكم يختلف في شأن هذه الوثائق إذا جمعت مجموعة ، وروعي في جنبها الاختوار والترتيب بحيث تبدو في صورة مصنف جديد ، فإنها تدخل عندئذ في نطاق المصنفات المحمية (المادة الرابعة) ، وكذلك الحال بالنسبة لمجموعات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها ، فإنه يجوز أن تشملها حماية هذا القانون إذا تميزت عن غيرها بسبب يرجع للاختيار والترتيب ، شأنها في ذلك شأن مجموعات الوثائق الرسمية ومجموعات الوثائق التي آلت إلى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها . فإناط الحكم هو التمييز بما يضمن عليها وصف الابتكار . أما المجموعات التي تقتلج عدة مصنفات سبق نشرها دون مراعاة الاختيار أو الترتيب فوضعها ، فإنها تخرج عن نطاق الحماية . ويلاحظ في جميع هذه الأحوال أن حقوق أصحاب المصنفات التي تجمع تحت مظلة محفوفة » .

هذا ويستوي في المجموعات التي تتطوى على شيء من الابتكار أن تكون ذات أغراض أدبية وعلمية ، أو أن تكون ذات أغراض عملية . فيكون مستأهلاً للحماية الدليل العمل للبدن الكبرى ، وكتالوجات المعارض والدعاية ، والبيانات عن الأسواق التجارية ، ونحو ذلك . انظر أنسيكاويدي دالوز ، لفظ *Prot. Litt. et Art.* فقرة ٣٠ .

(١) ويطلق هذا النص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من المشروع الجديد ، فيها هذا أن المشروع الجديد في صدر النص جرى على الوجه الآتي : « يتمتع بالحماية من قام بتحويل المصنف أو ترجمته أو بتحويله إلخ إلخ » .

والتنقيح (٣) إعادة إظهار المصنف الأصلي ، عن طريق نشر المخطوطات القديمة .
 ١- إعادة إظهار المصنف الأصلي ، ولكن بعد إضافة إليه من شرح أو تعليق : فالمؤلف في هذه الصورة يعيد إظهار المصنف الأصلي كما هو دون أى تعديل أو تحوير ، وذلك بعد استئذان مؤلف المصنف الأصلي أو خلفائه إذا كان المصنف الأصلي لم تنقضى مدة حمايته ولم يؤول بعد إلى الملك العام . والابتكار الذى يضيفه المؤلف على المصنف الأصلي هو ما يضيف إلى هذا المصنف من شرح أو تعليق . فقد يقوم بشرحه عبارة عبارة ، أو بشرحه إجمالاً . وقد يقوم بالتحقيق على بعض عباراته ، والتنويه برأيه فيما جرى به المصنف الأصلي مؤيداً أو مقنناً . وقد يقوم بتعريف المصنف الأصلي للقراء ، بأن يقدم له ويذكر في المقدمة تاريخ المصنف وما انطوى عليه من معان وأفكار ، وقد يبين رأيه في كل ذلك . وقد يقوم بهذه الأمور الثلاثة جميعاً - الشرح والتعليق والتعريف - أو يقوم ببعضها . والمهم في كل ذلك أن يضيف جديداً مبتكراً إلى المصنف الأصلي ، من شرح أو تعليق أو تعريف . فشرح الألفاظ القليلة ، أو كتابة مقدمة قصيرة لا تعرف المصنف الأصلي تعريفاً كافياً ، كل ذلك لا يكون جديداً مبتكراً ، فلا يتمتع المؤلف بالحماية . أما إذا انطوت الإضافة على الجديد المبتكر ، فعند ذلك يستحق المؤلف صاحب الشرح أو التعليق أو التعريف الحماية . ومن ثم لا يجوز لأحد أن ينقل المصنف الأصلي بما يحصل من شرح أو تعليق أو تعريف ، إلا بعد أن يستأذن كلا من صاحب المصنف الأصلي (أو خلفائه) وصاحب الشرح أو التعليق أو التعريف (أو خلفائه) .

٢- إعادة إظهار المصنف الأصلي ، ولكن بعد تحويره وتعديله عن طريق المراجعة والتنقيح : في هذه الصورة بعد المؤلف إظهار المصنف الأصلي ، بعد استئذان مؤلفه أو خلفائه إذا كان هذا المصنف لم تنقضى مدة حمايته ولم يؤول إلى الملك العام ، ولكن لا يعيد إظهاره كما هو على الوجه البين في الصورة السابقة . وإنما يحور فيه ويعدل ، بعد مراجعته وتنقيحه . فقد يكون المصنف الأصلي في حاجة إلى مراجعة وتنقيح ، حتى يجارى آخر مراحل العلم في الموضوع الذى تصدى له . وقد يكون في حاجة إلى مراجعة وتنقيح بعد

نشره أول مرة ، لإصلاح ما فيه من نقص بعد ما وجه إليه من نقد ، واعتراضات . وقد يكون المصنف الأصلي مصنفًا في التاريخ أو في القانون ، فراجع وينتفع حتى يستوفى مرحلة التاريخ التي وقف دونها عند نشره أول مرة إذا كان مصنفًا في التاريخ ، أو حتى يستوفى ما استجد من قضاء وفقه إذا كان مصنفًا في القانون . وهكذا تنوع أسباب الحاجة إلى المراجعة والتنقيح ، فيعمد مؤلف جديد ، وحده أو بالاشتراك مع المؤلف الأصلي ، إلى تعديل المصنف وتحويره بما تنبئ إليه نتيجة المراجعة والتنقيح . وفي جميع الأحوال يكون للمؤلف الجديد حق المؤلف بما راجع ونقح وحوّر وعُدل ، على أن يتوافر للصحور والتبديل صفة الابتكار والشخصية . ويكون المؤلف الجديد شريكًا للمؤلف الأصلي بالنسبة التي يتفقان عليها إذا اشترك الثاني مع الأول في المراجعة والتنقيح ، وهذا مع خلوص حق المؤلف الأصلي في مصنفه قبل المراجعة والتنقيح . أما إذا انفرد المؤلف الجديد بالمراجعة ، فيكون هو وحده صاحب حق التأليف في حدود ما أدخله على المصنف الأصلي من تحوير وتعديل .

٣ - إظهار المصنف الأصلي عن طريق نشر المخطوطات القديمة : في هذه الصورة الثالثة تفرض أن المصنف الأصلي لم يسبق نشره ، بل لا يزال مخطوطًا أيا كان عدد النسخ المخطوطة . وقد يكون المصنف الأصلي قد سبق نشره ، ولكن النشر جاء معيبًا لعدم الدقة في التحقيق . فيعمد شخص إلى نشره نشرًا علميًا دقيقًا . وهذا النشر العلمي الدقيق يكون عادة عملاً شاقًا مضنيًا ، فالناشر في حاجة إلى عدد من مخطوطات المصنف يجمعها من نواح متفرقة قد تكون بعيدة ، عن طريق النسخ أو عن طريق التصوير . ثم يعمد بعد ذلك إلى دراسة المصنف دراسة عميقة حتى يدرك مراميهِ ومعانيهِ ، ويعيش في الجو الذي صنف فيه . ثم يقابل المخطوطات المتعددة بعضها ببعض ، فإذا وقع خلاف بين هذه المخطوطات ، وكثيراً ما يقع ، فعليه أن يجتهد رأيهِ ، وأن يرجح رواية بعض المخطوطات على رواية المخطوطات الأخرى . كل ذلك يجريه في تحقيق دقيق ، وعلى أساليب علمية صحيحة ، ثم يخرج المصنف بعد التدقيق والتحقيق على أقرب صورة من الحقيقة . ويطلب أن يقدم للمصنف المنشور ، ويعرف به ، ويعلق عليه ، ويشرح بعض معانيهِ ، فيكون قد جمع إلى نشر المخطوط التعريف والتعليق والشرح . كل هذه الجهود الشاقة تقتضي من الناشر

ابتكارا يضمن على المصنف المنشور شخصيته ، ومن ثم يستحق حماية المؤلف . فلا يجوز لأحد أن ينقل هذا المصنف بعد نشره على الوجه المتقدم الذكر ، إلا بعد أن يستأذن الناشر أو خلفاءه . أما الناشر نفسه فيغلب ألا يستأذن أحداً في نشر المخطوط ، إذ أن الكثرة الغالبة من المخطوطات القديمة قد انقضت مدة حمايتها وآلت إلى الملك العام^(١)

١٧٦ - المادة الثالثة - التقبيل من المصنف السابق عن طريق

التحويل أو التحويل : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتي : « يتمتع بالحماية من قام . . . بتحويله (تحويل المصنف) من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه . . . » فالملوك في هاتين الصورتين يقتبس من مصنف سابق ، إما عن طريق التلخيص أو عن طريق التحويل .

(١) وكانت محكمة مصر الكلية قد قضت بأن جمع الآراء المنسوبة إلى أحد كبار الثقات في علم التفسير ، وهو العلامة القرطبي ، وترتيبها ، وإعادة طبع ما جمعه المؤلف من آراء مختلفة ، هذا المجهود لا يمكن مهما عظم أن ينقلب إلى حق تأليف الكتاب (مصر الكلية ٧ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ١٩٤٢ - ٣ - ٨٨) - وتحصل وقائع الدعوى في أن دار الكتب طبعت تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) طبعة حديثة ، وقالت إن هذه الطبعة مستقاة من عشر نسخ عطفية روجع بعضها على بعض ، وصحح ما فيها من تحريف وتصحيف بالاسترشاد بالكتب التي نقل عنها المؤلف ، وعنى بضبط الألفاظ ووضع الحواشي والمواشي ، وصدرت الطبعة بفهرس أعد خصيصاً لها وبمقدمة من وضع السيد محمد الببلاوي نقيب الأشراف ومراقب إحياء الآداب العربية بدار الكتب . فاستل المصنف عليه هذه المجهود لمصلحته الشخصية ، بأن أخذ صورة بالزكوغراف من الجزء الأول حتى الفهرس والمقدمة ، وباعه للجمهور بعد أن وضع اسمه على الغلاف بدلا من اسم دار الكتب . وظهر أن هذا المجهود يتضمن عناصر الابتكار في التكوين الذي يمكن وحده التمتع بالحماية ، فضلا عما تضمنته مقدمة من جيدة في التفسير . ولذلك ألقت محكمة استئناف مصر هذا الحكم ، مقرر أن إعادة طبع الكتب القديمة التي دخلت في الملك العام ، إذا أدخلت عليها زيادات أو تعديلات أو ترتيبات أو تعليقات مهما كانت موجزة ، مهمة كانت أو غير مهمة ، تجعل الطبعة المعادة ملكا لصاحبها كطبعة جديدة ، بل مجرد وضع فهرس لكتاب قديم يجعل هذا الفهرس ملكا لوائحه (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٤٢ الطاماة ٢٢ رقم ٢٣١ من ١٩٤٧) . وهنا المصنف : استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٢٢ ج ٣٣٨ - نقض فرنسي جنائي ١٨ مايو سنة ١٩٣٨ جازيت ١٩٣٨ - ٢ - ٣١١ . وانظر محمد علي حرة فقرة ٣٨٥ ج ٤٢٠ - ص ٢١٠ .

١ - فبأن الاقتباس عن طريق التلخيص إذا عمد مؤلف إلى مصنف أدبي أو علمي ، ولخصه تلخيصاً واضحاً بحيث ينقل إلى القارئ صورة صحيحة من المصنف الأصلي . وهذا هو الابتكار الذي ساهم به الملخص ، فقد أضفى شخصيته على التلخيص ، وبذلك جهداً محسوساً فيما قام به من عمل . ومن ثم تشمله الحماية ، ولا يجوز لأحد أن ينقل تلخيصه هذا دون أن يستأذنه هو . أو خلفاءه من بعده . وغنى عن البيان أنه إذا كان المصنف الأصلي الذي عمد المؤلف إلى تلخيصه لا يزال يتمتع بالحماية ، فإنه يجب على الملخص قبل أن ينشر التلخيص أن يستأذن مؤلف هذا المصنف الأصلي أو خلفاءه . وإذا تم له الإذن ، فإنه يصبح مؤلفاً للتلخيص وله عليه حقوق المؤلف ، ويبقى صاحب المصنف الأصلي هو مؤلف هذا المصنف وله عليه حقوق المؤلف . غير أن مؤلف المصنف الأصلي ، بموجب الإذن الذي يمنحه للملخص في التلخيص ، قد يتفق معه على جعل معنى يتقاضاه دفعة واحدة ، أو يتقاضاه على دفعات في كل مرة ينشر فيها التلخيص .

٢ - وأكثر ما يأتي الاقتباس عن طريق التحويل ، فيعتمد المؤلف إلى مصنف فيحوله من لون إلى لون آخر . مثل ذلك أن يعمد المؤلف إلى رواية أو قصة ، فيحوّلها إلى مسرحية للتمثيل ، أو إلى فيلم سينمائي ، أو يعدها للإذاعة عن طريق التلفزيون أو عن طريق الراديو . ومثل ذلك أيضاً أن يعمد المؤلف إلى مصنف علمي ، فيحوّله إلى قصة شائقة يورد فيها الحقائق العلمية التي وردت في المصنف على نحو مبسط جذاب . فإذا كان المصنف الأصلي الذي عمد المؤلف إلى تحويله لا يزال مشمولاً بالحماية ، وجب على المؤلف قبل أن ينشر التحويل أن يستأذن مؤلف هذا المصنف الأصلي أو خلفاءه^(١) . وكثيراً ما يقوم اختلاف ما بين المؤلفين ، فيتمسك مؤلف المصنف الأصلي بأن المصنف اللاحق ليس إلا تحويلاً لمصنّفه ، وينكر مؤلف المصنف اللاحق ذلك .

(١) وليس لمؤلف المصنف الأصلي أن يتعرض على ما يقتضيه تحويل مصنّفه من لون إلى لون آخر من تحرير وتغيير في المصنف الأصلي ، بما تستوجب أصول الفن في اللون الذي حول إليه المصنف . فالأصول الفنية لقصة غير الأصول الفنية للمسرحية ، وهذه غير الأصول الفنية للأفلام السينمائية . انظر أنسيكلوبيدي دالوز : *Prop. Litt. et. Art.* فقرة ٣٧٧ .

عليه . وهذه مسألة واقع ، يفصل فيها قاضي الموضوع^(١) . فإذا ثبت في أن هناك تحويلاً للمصنف الأصلي ، كان مؤلف المصنف اللاحق مسؤلاً ، ووجب عليه أن يدفع تعويضاً لمؤلف المصنف الأصلي أو خلفائه . ومهما يكن من أمر . فإنه متى حسم الخلاف وأصبح ثابتاً أن هناك تحويلاً ، أو أن التحويل كان مسلماً به دون خلاف ، فإن صاحب التحويل يكون له حق المؤلف على تحويله ، ولا يجوز لأحد أن ينقل تحويله دون أن يستأذنه هو أو خلفائه ، إذ أن حماية المؤلف تشمل التحويل كما تشمل المصنف الأصلي . وعلى ذلك يكون لصاحب التحويل الحق في منع أى شخص آخر من تحويل تحويله -- أى التحويل في الدرجة الثانية -- إلا بإذنه . فإذا حول شخص إحدى الروايات أو القصص إلى مسرحية ، فإنه يصبح صاحب المسرحية وله حقوق المؤلف عليها . ومن بين هذه الحقوق أنه لا يجوز لأحد أن يحول مسرحيته إلى فيلم سينمائي مثلاً إلا بإذنه^(٢) . ويبقى بعد ذلك أن نحدد حق المؤلف الأصلي صاحب لمرواية أو القصة : هل يستنفذ حقه بمجرد أن يأذن لصاحب المسرحية في تحويل روايته إلى مسرحية ، أو يحتفظ بحق له فيها يتعلق بتحويل المسرحية إلى فيلم سينمائي . ويجب استئلانه في ذلك أيضاً ؟ لا شك في أنه لا يعتبر شريكاً

(١) نقض فرنسي ٢٧ يوفيه سنة ١٩١٠ دالوز ١ - ١٩١٠ - ٢٩٩ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٨ Ann. ١٩١٩ - ١ - ٥٣ - وانظر نقداً لهذا القضاء وفي أن هناك مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض : ديويو أنسيكلوبيدي دالوز في لفظ **Prop. Lit. et Art.** فقرة ١٩ - فقرة ٢٢ - ويقول ديويو في هذا الصدد إنه يجب التمييز بين الفكرة المجردة وهي حق شائع للجميع ، وبين الإنشاء والتعبير (**composition et expression**) وهذا يختص به المؤلف . فإذا كان المصنف اللاحق لم ينقل عن المصنف السابق إلا الفكرة المجردة فإن هذا لا يعد تحويلاً ، أما إذا نقل عنه الإنشاء والتعبير فهذا هو التحويل (ديويو أنسيكلوبيدي دالوز في لفظ **Prop. Lit. et Art.** فقرة ١٨) .

(٢) ويشترط بداهة أن يكون في التحويل ابتكار وطابع شخصي مما يتأمل الحماية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم إذ قضى بخلو العمل الذي قام به مورت الطاعين - اقتباساً من الرواية الأصلية (الأرملة الطروب) - من الابتكار الذي يحأمل حماية القانون ويعدم وجود التماثل بين ذلك العمل وبين اقتباس المطعون عليهم ، قد أقام قضاءه بذلك على أسباب سائفة ، فإنه لا يكون على المحكمة بعد ذلك إذا هي لم تستجب إلى طلب الطاعين بإجراء المقارنة بين العملين عن طريق نذب غير أو عن طريق انتقال المحكمة لسباع الأداء العلني ، مادامت قد وجدت في أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكتفى لتكوين رأيها فيها بنفسها (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩١٩ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٨ ص ١٧٨) .

(coauteur, collaborateur) لصاحب المسرحية في مسرحيته ، ولكنه مع ذلك يحتفظ بحق المؤلف - لا بحق الشريك - فيما يتعلق بتحويل المسرحية إلى فيلم سينمائي ، ويجب استثنائه ، هو وصاحب المسرحية معاً ، في هذا التحويل ، وله أن يتقاضى جعلاً على هذا الإذن^(١) .

١٧٧ - المادة الرابعة - ترجمة المصنف إلى لغة أخرى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣ من قانون حماية حق المؤلف ، كما رأينا ، على ما يأتي : « يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف إلى لغة أخرى .. » . ولعل من ترجم المصنف قد حان في ترجمته إلى لغة أخرى من المشقة ما عاناه مؤلف هذا المصنف ، فليس يسيراً نقل كتاب من لغة إلى لغة أخرى . وتقتضي الترجمة إحاطة تامة بكل من اللغتين ، كما تقتضي جهداً شاقاً في اختيار العبارات في اللغة المترجم إليها ووزنها والتثبت من أنها تعبر عن نفس المعنى ، هذا إلى ذوق سليم وتمكن من اللغة المترجم إليها بحيث يستطيع المترجم أن يسمو في هذه اللغة سمو المؤلف في اللغة الأصلية . وهذا كله يكفل للترجمة قدراً كبيراً من الابتكار والشخصية ، مما يستوجب أن يكون للمترجم على ترجمته حق المؤلف ، فلا يجوز لأحد فون إذنه أن ينقل ترجمته أو يحولها إلى لون آخر من ألوان الآداب أو العلوم . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد : « والمصنفات المبتكرة التي يحميها المشرع غير مقصورة على المصنفات الأصلية ، بل تشمل المؤلفات المترجمة كما تشمل كافة ضور إعادة إظهار المصنفات الموجودة في شكل جديد ، على ألا تخل ذلك بحماية حق المؤلف الأصلي » .

والمؤلف الأصلي للمصنف المترجم له حقوق لا يجوز إغفالها . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على أن لمؤلف المصنف وحده « الحق في ترجمته إلى لغة أخرى » . ويستوى في ذلك الحق مؤلف المصنف الأصلي إذا ترجم مصنفه إلى لغة أخرى ، ومترجم المصنف الأصلي إذا

(١) ويترتب على أن صاحب الرواية لا يعتبر شريكاً لصاحب المسرحية ، وإنما هو يعمل حق المؤلف الخاص به ، أن المسرحية لا تعتبر شركة بين صاحب الرواية وصاحب المسرحية إلى حد ألا تقتضي مدة حمايتها إلا بانقضاء خمسين سنة من موت آخر من بقى حياً من الشريكين . فلا يكون خلفاء صاحب الرواية للرجوع بحقوقهم إلا في مدى خمسين سنة من موت مودعهم ، حتى لو بقى صاحب المسرحية حياً بعد موت هذا المورث ففالت مدة حمايته عن مدة حماية المورث . فلنظر ديوان أنسيكلوبيدي دالوز : لفظ Prop. Litt. et Art. فقرة ٢٧٦ .

ترجمت ترجمته إلى لغة ثالثة ، فلا بد أيضاً من استئذان المترجم في ترجمة ترجمته . وتنص المادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف على أن « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم » . فإذا عمد شخص إلى ترجمة مصنف ، سواء كانت الترجمة مباشرة من المصنف أو كانت من ترجمة للمصنف إلى لغة يعرفها المترجم الثاني ، وكان المصنف أو ترجمته تشمل الحماية (خمسين سنة بعد موت المؤلف أو المترجم) ولم يؤل إلى الملك العام ، وجب على المترجم استئذان صاحب المصنف الأصلي ، أو استئذان كل من صاحب المصنف الأصلي والمترجم الأول ، قبل نشر ترجمته . ويستثنى من ذلك الترجمة إلى اللغة العربية ، فقد أراد المشرع التيسير للمترجمين حتى يتمكنوا من ترجمة أعلام المصنفات الأجنبية إلى اللغة العربية فتزود المكتبة العربية بما يفيها أن تزود به من عيون الأدب والعلم والفن في اللغات الأجنبية مترجمة إلى اللغة العربية . ففصت المادة ٨ سالف الذكر بأن حق مؤلف المصنف الأصلي في ترجمة كتابه إلى اللغة العربية ، وكذلك حق مترجم هذا المصنف في ترجمة ترجمته إلى اللغة العربية ، يسقطان بانقضاء خمس سنوات (وليس خمسين سنة) من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو الترجمة الأولى (لا من تاريخ موتهما) إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم الأول هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره . ومؤدى ذلك أن المترجم العربي ، إذا ترجم خمس سنوات من وقت نشر مصنف أجنبي أو من وقت نشر ترجمته إلى لغة أجنبية أخرى ، ولم يقر في خلال هذه المدة المؤلف الأصلي أو المترجم الأول بترجمة المصنف أو ترجمته إلى اللغة العربية بنفسه أو بواسطة غيره ، جازت لغيره ترجمة المصنف أو ترجمته ترجمته إلى اللغة العربية دون حاجة إلى استئذان أحد دون أى مقابل ، لأن حق المؤلف أو المترجم الأول في الترجمة إلى اللغة العربية يكون قد سقط وآل إلى الملك العام^(١) . أما إذا قام المؤلف أو المترجم الأول بترجمة مصنفه إلى اللغة

(١) ونحس هذه الترجمة العربية بالذات مدة حياة المترجم وخمسين سنة من موته ، ولكن هذا لا يمنع من أن يترجم شخص آخر المصنف الأصلي أو ترجمته مرة أخرى إلى اللغة العربية ترجمة مستقلة عن الترجمة العربية الأولى .

العربية في خلال خمس سنوات من أول نشر له : فإنه لا يجوز ترجمة المصنف إلى اللغة العربية مرة أخرى إلا بإذنه ، طول مدة حياته وخمسين سنة بعد موته .

المطلب الثاني

المصنفات الفنية

١٧٨ — أمثلة للمصنفات الفنية وردت في القانون : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢ من قانون حماية حق المؤلف قد أوردت ، على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر ، أمثلة من المصنفات المحمية على مختلف أنواعها . وذكر النص من أمثلة المصنفات الفنية ما يأتي :

١ — المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحجر أو النحت أو العمار . وهذه المصنفات تتناول أكثر الفنون الجميلة ، فهي تتناول الرسم ، والتصوير ، يختلف أنواعه (الخطوط أو الألوان) ، والحفر ، والنحت ، والعمارة ، ويضاف إلى ذلك النقش والزخرفة . فالرسم إذا كان في رسمه ابتكار يكون له حق المؤلف على رسمه ، فلا يجوز لأحد أن ينقل رسمه دون إذنه ، ولا يجوز لأحد دون إذنه أيضاً أن يحول رسمه إلى لون آخر من ألوان الفنون الجميلة كالنحت والحفر . وكذلك المصور ، إذا كانت لوحته تنطوي على ابتكار ، يكون له حق المؤلف عليها . وكذلك الحكم فيما يتعلق بالحفر على ما يحفره ، والنقش على ما ينقشه ، والمزخرف على ما يزخرفه ، والنحات (المثال) على ما يصنعه من تماثيل ، والمهندس المعماري على ما يضعه من تصميمات معمارية . ومناطق الحماية في كل هذه الأحوال هو الابتكار والشخصية .

٢ — المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية . وهذه أيضاً مصنفات فنية . وسنرى فيما يتعلق بالمصنفات الفوتوغرافية أنها محل اختلاف في الرأي ، وأنها على كل حال دون المصنفات الأخرى في الحماية . أما المصنفات السينمائية ، وتنتهي إلى الأفلام السينمائية ، فهي شيء مركب ومعقد ، وسنرى فيما يلي عندنا نحل هذه المصنفات كيف أن أكثر من واحد يعتبر مؤلفاً لها . وبعضها تأليف أدبي ، وبعضها تأليف فني ، وبعضها تأليف موسيقي . ولذلك سبق أن أدخلناها

في المصنفات الأدبية ، وندخلها الآن في المصنفات الفنية ، ومندخلها فيما بعد في المصنفات الموسيقية .

٣ - الخرائط الجغرافية والمخطوطات (الرسوم الكروكية) . وهذه ضرورية من الرسم تحتاج إلى مقدرة فنية . فالرسم الكروكي قد ينطوى على ابتكار يستحق معه الحماية ، كما أن لرسم الخرائط فنا خاصا يعرف بفن الخرائط الجغرافية ، وهو أفضا يدخله كثير من الابتكار مما يستوجب حمايته .

٤ - المصنفات المحسمة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العلوم . وهذه أيضا مصنفات فنية ، يخلط فيها الرسم بالحفر وبفن الخرائط ، وهي تحتاج إلى مقدرة فنية كبيرة ، وتنطوى على كثير من الابتكار ، مما يجعلها جديرة بالحماية .

٥ - المصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات وتكون معدة للإخراج المادى . وأهم هذه المصنفات هي فنون الرقص المختلفة ، وكذلك الألعاب الفنية ، ويدخل فيها أيضا فن الإخراج في أدوار التمثيل . وكل هذه فنون تحتاج إلى مقدرة خاصة ، كما تنطوى على شيء من الابتكار يجعلها مما تشمله الحماية .

٦ - المصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية . ويشمل ذلك أعمال الخزف والأواني المزخرفة والأدوات المنقوشة والزجاج الملون وما إلى ذلك من مختلف الفنون الجميلة مطبقة تطبيقا عمليا في شيء مجسم ، كآنية وحلية وصوان وأطباق وزجاج . وهذا كله يقتضى مهارة فنية خاصة ، وينطوى على كثير من الابتكار مما يجعله مستحقا للحماية .

١٧٩ - العبرة في المصنفات الفنية بالتنفيذ بعمل : وتختلف

المصنفات الفنية عن المصنفات الأدبية والعلمية والموسيقية بأن العبرة في الأولى هي بالتنفيذ (execution) . فالمصنف الفني لا يعتبر مصنفا ولا يستحق الحماية إلا إذا نفذ فعلا ، أما إذا وقف الفنان عند خطة العمل (composition) دون التنفيذ ، فإن عمله هذا لا يعتبر مصنفا فنيا . فخطة العمل تختلط بالتنفيذ اختلاطا تاما في المصنفات الفنية ، ويستغرق التنفيذ الخطة ، ويصبح التنفيذ لا الخطة هو الواجب الحماية . فادامت الخطة لم تخرج إلى حيز التنفيذ حتى يبرز العمل الفني مجسما في صورة أو في تمثال أو في غير ذلك ، فلا يعتد بالخطة

في ذاتها ، ولا يشملها القانون بالحماية . ولو أن تعليم الفنان استوحى من الفنان خطة العمل كاملة ، وقام بتنفيذها تنفيذاً حرفياً دون أية إضافة من عنده ، لكان العمل الذي نفذته التلميذ هو العمل الفني الذي يشمل القانون بالحماية ، ولكان المؤلف الذي يحميه القانون هو التلميذ الذي نفذ الخطة ، لا الأستاذ الذي ابتكرها . أما في المصنفات الأدبية والعلمية ، فيعتد بالخطة حتى لو لم تقرر بالتنفيذ : فلو أن كاتباً رسم خطة مفصلة لمؤلف أدبي أو لقصة أو مسرحية ، ونحدث إلى صديق له في الخطة التي رسمها ، واستملاها منه الصديق واستوعبها كاملة ، لم يجوز للصديق ، دون إذن الكاتب ، أن ينشر هذه الخطة ، إذ أن الخطة جزء من المصنف الأدبي يحميها القانون كما يحمي المصنف ذاته^(١) .

ويرتب على ذلك أن التنفيذ في المصنفات الفنية يجب أن يتم بيد الفنان نفسه ، وأن يكون عمله الشخصي هو العنصر الغالب في هذا التنفيذ . أما إذا تم التنفيذ ميكانيكياً بواسطة آلات معدة لذلك ، دون أن يكون للعمل الشخصي تأثير ذو بال ، فلن ما يتم نتيجة لهذا التنفيذ الميكانيكي لا يعتبر مصنفاً فنياً مستحقاً للحماية . فيتعين إذن التمييز بين التنفيذ الشخصي والتنفيذ الميكانيكي ، ويجب تبين ما إذا كان الدور الذي لعبه الفنان في التنفيذ دوراً إيجابياً بحيث أن الآلة لم تكن في يده إلا مجرد المساعدة وضبط العمل وعند ذلك يكون التنفيذ شخصياً ، أو أن الدور الذي لعبه الفنان في التنفيذ لم يكن إلا دوراً سلبياً وأن الآلة هي التي قامت بالأعمال الأساسية التي يتكون منها التنفيذ وعند ذلك يكون التنفيذ ميكانيكياً لا يستحق الحماية . والبت فيها إذا كان التنفيذ شخصياً أو ميكانيكياً مسألة واقع ، على أن يسترشد قضاة الموضوع في ذلك بمقاييس فنية صحيحة^(٢) .

ويتبين من ذلك أن التنفيذ الميكانيكي لا ينتج عنه مصنف فني يستحق الحماية . وهذا يدعو للنظر في المصنفات الفوتوغرافية ، وهل هي مجرد تنفيذ ميكانيكي أو أن لعمل الفوتوغرافي الشخصي تأثيراً في التنفيذ بحيث يصبح

(١) ديوا في أنسكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art.قرة ٤٢ - لقرة ٤٣ .

(٢) نفس فرنسي ١٦ مايو سنة ١٨٦٢ Ann. ٦٢ - ٣٥ - ديوا في أنسكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art.قرة ٤٣ - ققرة ٤٤ .

المصنف الفوتوغرافي مستحقاً للحماية . ثم إن العبرة في المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بالخطة كما قلنا ، فإذا لم يكن الفنان خطة شخصية بل اقتصر على مجرد المحاكاة للطبيعة أو المحاكاة لمصنف في سابق ، فإن التنفيذ الذي يقوم به بشخصه يكفي لصيغ العمل بطابع الابتكار وإضفاء الشخصية ، فيكون هذا العمل مصنفاً فنياً مستحقاً للحماية .

فنبعث إذن فيما يلي المسائل الثلاث الآتية : (١) المصنفات الفوتوغرافية . (٢) المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة للطبيعة . (٣) المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة لمصنفات سابقة .

١٨٠ — المصنفات الفوتوغرافية : اختلف الرأي فيما إذا كانت المصنفات الفوتوغرافية — ويسهل فيها ما يلتقط فوتوغرافيا من الكتابة وما يصدر من المخطوطات والكتب بواسطة الميكرو فيلم — تعتبر مصنفات فنية تستحق الحماية ، أو هي مجرد تنفيذ ميكانيكي بواسطة آلة التصوير فلا تعتبر مصنفات فنية ولا تستحق الحماية .

فهناك رأي يذهب إلى أن التنفيذ الميكانيكي فيها هو الغالب ، فلا تعتبر مصنفات فنية ، ولا تستحق الحماية التي تشمل حق المؤلف ، وإنما تحمي عن طريق مبدأ المزاوجة غير المشروعة^(١) .

وهناك رأي عكسي يذهب إلى أن عمل الفوتوغرافي الشخصي فيها هو الغالب ، فتعتبر مصنفات فنية تستحق الحماية التي تشمل حق المؤلف^(٢) . وهناك رأي متوسط يذهب إلى أنه يجب التمييز ما بين المصنف الفوتوغرافي الذي يحمل طابع المقدرة الفنية وحسن النوق وطول المراتب فهذا هو الذي يعتبر مصنفاً فنياً يستحق الحماية التي تشمل حق المؤلف ، وبين المصنف الفوتوغرافي الذي لا يحمل أثراً من ذلك وتغلب عليه الصنعة الميكانيكية

(١) أبيان ٦ مارس سنة ١٩٠١ Dr. d'auteur ١٩٠١ - ١٤٥ - غانسي ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٩٦ - تولوز ١٧ يولييه سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ١٦١ .

(٢) السين دائرة الجذب ٦ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ٩٧ - ١٤٧ - السين المدنية ٢٠ يناير سنة ١٨٩٩ والوز ١٩٠٢ - ٢ - ٧٣ - يوج دائرة الجذب ٩ يناير سنة ١٩١٤ Ann. ١٨٩٩ - ٢ - ١٨ .

فلا يعتبر مصنفاً فنياً ولا يستحق الحماية^(١) . وتعتبر محكمة النقض الفرنسية أن هذه هي مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض^(٢) .

على أن المصنف الفوتوغرافي ليس هو مجرد التقاط المنظر ، بل هو يتناول أيضاً ما يسبق ذلك من اختيار للمنظر والجانب الذي يصور منه والتحفيز للعمل ، وما يتلو ذلك من إعداد للصورة والتأليف الذي يجري فيها . وكل هذه سلسلة من الأعمال لا تتجزأ من الناحية الفنية . ومن ثم يحمل المصنف الفوتوغرافي دائماً طابعاً شخصياً لصانعه ، فيستحق الحماية التي تشمل حق المؤلف . وعلى هذا جرى قانون حماية حق المؤلف في مصر ، فقد رأينا أن المادة ٢ من هذا القانون تدرج المصنفات الفوتوغرافية بين المصنفات التي يحميها القانون ويجعل مدة حمايتها في الأصل خمسين سنة بعد موت صانع المصنف ، شأن المصنف الفوتوغرافي في ذلك شأن سائر المصنفات التي يحميها القانون . غير أن المادة ٢/٣ من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتي : « على أن حقوق مؤلف المصنف الفوتوغرافي لا يترتب عليها منع الغير من التقاط صور جديدة للشيء المصور ، ولو أخذت هذه الصور الجديدة من ذات المكان وبصفة عامة في ذات الظروف التي أخذت فيها الصورة الأولى »^(٣) . وليس في هذا النص ما ينتقص من حماية المصنف الفوتوغرافي ، فإن الحماية إنما تقتضي منع التقاط الصورة مباشرة من نفس المصنف الفوتوغرافي دون إذن من المؤلف ، ولكنها لا تمنع من التقاط صورة أخرى من ذات المكان ، ولو كان ذلك في ذات الظروف التي أخذت فيها الصورة الأولى .

ولكن الذي ينتقص من حماية المصنفات الفوتوغرافية ، وكذلك من حماية المصنفات السينمائية ، أن قانون حماية حق المؤلف استثنى من هذه المصنفات ما لا يكون مصطبغاً بطابع إنشائي وقد اقتصر فيه على نقل المناظر نقلاً آلياً ، فأنتقص من مدة حمايته إنقاصاً كبيراً ، إذ جعل هذه المدة خمس عشرة سنة

(١) باريس ٢٩ أبريل سنة ١٨٦٤ Ann. ١٨٦٤ - ٦٤ - ٢٢٥ - ٦ مايو سنة ١٨٦٤ Ann.

٦٤ - ٢٢٢ - ٦ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ١٨٩٧ - ٩٧ - ١٤٨ - فانس ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز

١٩٠٣ - ٢ - ٢٩٦ - أوليان ٤ فبراير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٣٣٦ .

(٢) نقض فرنسي جنائي ١٥ يناير سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٥ - ٥ - ٣١٧ .

(٣) يطابق نص المادة ٢/٣ من قانون حماية حق المؤلف المادة ٢/٣ من المرسوم الجديد .

بدلاً من خمسين ، وتبدأ من أول نشر للمصنف لا من وقت موت المؤلف .
فصفت المادة ١/٢٠ من هذا القانون على ما يأتي : « على أنه بالنسبة للمصنفات
الفوتوغرافية والسبائية التي لا تكون مصطبغة بطابع إنشائي واقتصر فيها
على مجرد نقل المناظر نقلاً آلياً ، فتقتضى هذه الحقوق (حقوق الاستغلال
المالي) بمضى خمسة عشر عاماً تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » .

١٨١ — المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة للطبيعة : وفي هذا
الفرض يحاكي الفنان المنظر الطبيعي الذي يصوره محاكاة تامة ، فيصور مثلاً
مشهداً من مشاهد الطبيعة (paysage) ، أو صورة إنسان (portrait) ،
أو صورة حيوان . ويتوخى في ذلك أن ينقل الصورة التي يرسمها كما هي دون
أي تغيير ، فتخرج وهي تكاد أن تكون نسخة طبق الأصل من الشيء
المصور ، وحتى ليتوهم الراي أنها صورة فوتوغرافية .

وقد ذهب رأى إلى أن هذه المحاكاة التامة تفقد المصنف الفني عنصر
الابتكار والشخصية ، فلا يستحق الحماية^(١) . ولكن الرأى الصحيح هو أن
العبرة في المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بالخطة كما قلنا ، وإذا كان عنصر الخطة
غير قوى في مجرد المحاكاة لشيء سابق ، فإن عنصر التنفيذ قائم قيماً تاماً ،
ولعله أشد مشقة من التنفيذ الذي يقوم به المصور فيها لو تصرف وأطلق العنان
لخياله . ولم ينقل الفنان المنظر الذي يصوره نقلاً ميكانيكياً ، بل رسمه بيده
فأضفى عليه شخصيته وكان في هذا التنفيذ مبتكراً ، وهو أشد ابتكاراً وأبرز
شخصية كلما زادت المحاكاة . ومن ثم يكون له على مصنفه حتى المؤلف ،
ولا يجوز لأحد دون إذنه أن ينقل مباشرة الصورة التي رسمها ، وإن جاز لأي
شخص دون إذن أن يصور نفس المنظر عن الطبيعة نفسها . وعلى هذا الرأى
الصحيح سار القضاء في فرنسا ، قضاء محكمة النقض وقضاء المحاكم الأخرى^(٢).

(١) باريس ١٧ فبراير سنة ١٩١٧ Ann. ١٩١٤ - ١ - ٢٨ - ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤
Ann. ١٩٢٤ - ٩٧ - دويه ٢٦ يونيو سنة ١٩٣١ مجموعة دويه ١٩٣١ - ١ - ٢٧ .
(٢) نقض فرنسي جنائي ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٢ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ - ٣٣٣ -
باريس ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ٢ - ٦٤ - ٧ مارس سنة ١٩٠٢ جازيت دي تريبيو
١٩٠٢ - ٢ - ١٢ - السين ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٦ Ann. ١٩٠٦ - ١ - ١٩٧ - والنظر
ديورا في أنسيكلوبي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit et Art.قرة ٤٦ .

ويترتب على أن للفنان حق المؤلف على المصنف الفني الذي حاكى فيه الطبيعة محاكاة تامة أنه لو نزل عن هذا الحق لناشر ، فإنه لا يجوز له بعد ذلك أن ينقل الصورة التي رسمها عن الصورة نفسها . ولكن يجوز له أن يصور مرة أخرى المشهد الطبيعي الذي سبق له تصويره ، لا عن الصورة نفسها ، بل عن الطبيعة^(١) . على أنه يجب عليه أن يحتز من الإخلال بالتزام الضمان ، فقد يكون في تصويره مرة أخرى المشهد الطبيعي عن الطبيعة إخلال بالتزامه نحو الناشر ، الذي باع له حقه في الصورة الأولى ، بضمان تمتع الناشر بالحق الذي اشتراه دون تعرض من جانب البائع^(٢) .

١٨٢ — المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة لمصنفات فنية سابقة :

في هذا الفرض ينقل الفنان عن صورة سابقة بحيث يحاكيها محاكاة تامة ويقع ذلك عادة عندما يشتهر مصنف شهرة عظيمة في عالم الفن بأن يكون من صنع مصور من المصورين العالمين ، ويؤول هذا المصنف الفني إلى الملك العام بعد انقضاء مدة حمايته . فيعتمد بعض الفنانين إلى محاكاة هذا المصنف محاكاة تامة ، حتى لبصعب التمييز بين الأصل والنسخة التي أخذت عنه ، فيظهر الفنان بذلك مقدرته الفنية . وقد يكون المصنف الفني المشهور لم يؤل بعد إلى الملك العام ولم تنقضى مدة حمايته ، فيجب في هذه الحالة على الفنان الذي يريد محاكاته أن يستأذن في ذلك صاحب هذا المصنف الفني أو خلفاءه . والمفروض الآن أن للفنان قد نقل . بعد الحصول على الإذن الواجب أو دون إذن إذا لم يكن الإذن واجبا ، الصورة المشهورة وحاكها محاكاة تامة : فهل يكون له على عمله ، وهو الصورة التي رسمها هو وحاكى بها الصورة المشهورة ، حق المؤلف ؟

هنا أيضاً قد يقال إن الفنان لم يبتكر شيئاً ، وقد اقتصر على أن ينقل نسخة طبق الأصل عن صورة موجودة من قبل ، بل إنه هنا لم ينقل عن الطبيعة كما فعل في الفرض السابق . بل نقل عن صورة نقلها غيره عن الطبيعة

(١) باريس ٣ مايو سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٩ - ٢ - ١١ - دويه ١٣ مايو سنة ١٨٩١

دالوز ٩٢ - ٢ - ١٨٢ .

(٢) ديواني أنسيكلوجيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٤٩ .

أو نقلها عن خياله . ومن ثم لا يكون الفنان ، في نظر من يقول بذلك ، حتى المؤلف على عمله ، ويجوز لغيره دون إذنه أن ينقل عن نفس الصورة التي رسمها كما نقلها هو عن غيره . ولكن الرأي الصحيح ، في هذا الفرض الثاني أيضاً ، أن العبرة في المصنف الفني بالتنفيذ ، وما دام الفنان قد نقل بيده الصورة التي رسمها ، ولم ينقلها بطريقة ميكانيكية ، فإنه يكون قد بذل جهداً واضحاً في التنفيذ ، بل إنه قد أظهر من الابتكار والمقدرة الفنية ما يجعله يضمن شخصيته على العمل الذي قام به . ويزداد ابتكاره وطابعه الشخصي كلما كانت الصورة التي رسمها أكثر محاكاة للصورة الأصلية ، فإذا ما تعلم التمييز بين صورتين فهناك يكون الفنان قد بلغ الأوج من الابتكار والمقدرة الفنية^(١) . ومن ثم يكون الفنان حتى المؤلف على عمله ، ولا يجوز لغيره دون أن يستأذنه أن ينقل صورته ، كما استأذن هو صاحب الصورة الأصلية التي نقل عنها إذا كان هذا لا يزال متمتعاً بالحماية^(٢) . ولكن يجوز لأي شخص أن ينقل عن الصورة الأصلية ، بعد استئذان صاحبها إذا كان لا يزال متمتعاً بالحماية ، أو دون استئذان إذا انقضت مدة الحماية وآلت الصورة الأصلية إلى الملك العام .

وكما يجب استئذان صاحب المصنف الفني الأصلي إذا كان لا يزال متمتعاً بالحماية في محاكاة مصنفه ، كذلك يجب استئذانه في تحويل مصنفه من لون من ألوان الفن إلى لون آخر . ومن ثم يجب استئذان المهندس المعماري الذي شيد بناء بتصميم من وضعه في نقل صورة مطابقة للأصل لهذا البناء على أعظية حلب الجبلين^(٣) ، واستئذان صاحب الصورة في نقل صورة مطابقة لصورته على مجاد تنقش فيه الصورة باليد^(٤) ، أو على مجموعة من الصفيى أو من البرونز^(٥) .

(١) ديبرا في أنيسكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art.قرة ٥٠ .

(٢) باريس ٣٠ يولييه سنة ١٨٨٨ Ann. ١١٧-٨٩ - السين أول ديسمبر سنة ١٩٠٣

جائزت دى تريبيتر ١٩٠٤ - ٢ - ١٨٩ - بروكل الجندانية ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ Dr. d'antour ٧١ -

(٣) باييه (Bayeux) ٢٠ يولييه سنة ١٩٢٣ Ann. ١٩٢٣ - ٣٥٩ -

(٤) باريس ٢٠ أبريل سنة ١٨٤٣ Jur. Ocs. and No. ٤٥٥

(٥) باريس ١٦ فبراير سنة ١٨٤٣ Jur. Ocs. and No ٤٥٥

ويمكن أن يضاف إلى ما تقدم الأمثلة الآتية :

٣- للمصنفات التي تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى والامتعارضات المصحوبة بالموسيقى . ويتناول ذلك الرقص بأنواعه المختلفة والتمثيل والامتعارضات المسرحية والألعاب الرياضية إذا صحبها الموسيقى . وهنا يطلب عنصر الحركة على عنصر الموسيقى^(١) .

٤ - للمصنف السينمائي . وتصحبه عادة الموسيقى ، ويعتبر واضح الموسيقى ، إذا قام بوضعها خصيصا للمصنف السينمائي ، شريكا في هذا المصنف (م ٣١) من قانون حماية حق المؤلف^(٢) .

١٨٤ - الفرق ما بين المصنفات الموسيقية وبين المصنفات الأدبية

والمصنفات الفنية: يختلف المصنف الموسيقى عن المصنف الأدبي في أن للموسيقى مخاطب الإحساس والشعور ، في حين أن التصنيف الأدبي يخاطب العقل والتفكير . فالفكرة في التصنيف الأدبي تسبق الخطوة ، وتسبق من باب أولى التعبير ، وهي غير قابلة لأن ترتب عليها حق المؤلف إذ هي حق مشاع للجميع . أما الميلودي (الحن) في الموسيقى ، ويقابل الفكرة في التصنيف الأدبي ، فيحمل الطابع الشخصي للمؤلف ، ومن ثم يكون قابلا لأن ترتبه عليه حقوق التأليف .

ويختلف المصنف الموسيقى عن المصنف الفني في أن الموسيقى تستلهم الخيال في داخل النفس فيتجسم الخيال في اللحن الموسيقي (الميلودي) ، ومن ثم يكون الميلودي قابلا لأن ترتب عليه حقوق المؤلف . أما الفن فيستلهم المراتب في العالم الخارجي ، ومادام باقيا في دور الاستلهام فليس له قوام ذاتي تمكن حمايته ، ولا يحصى إلا إذا دخل دور التنفيذ أى التعبير ، وقد رأينا أن للمصنف الموسيقى يحصى حتى قبل أن يؤدى ، وهو لا يزال نوتا (notes) موسيقية . على أن المصنف الموسيقى لا ينتهى إلى غايته إلا وهو في دور الحركة

(١) انظر المادة ٣٠ من قانون حماية حق المؤلف ، وانظر في صدد هذه المادة ما على فقرة ١٩٩ .

(٢) وانظر فيما يتعلق بالمصنف السينمائي والمصنف المد للإذاعة بالراديو أو بالتلفزيون ما على فقرة ٢٠٠ .

أى بعد أن يدخل فى دور التأدية والسماع ، فى حين أن المصنف الفنى ينتهى إلى غايته وهو باقى فى دور السكون ولا يبرح هذا الدور حتى بعد تنفيذِه

١٨٥ — عناصر المصنف الموسيقى : ويشتمل المصنف الموسيقى على عناصر ثلاثة : (١) اللحن الموسيقى (الميلودى *mélodie*) . (٢) التوافق الموسيقى (الهارمونى *harmonie*) . (٣) الإيقاع الموسيقى أو الضرب الموسيقى أو الوزن الموسيقى (الريتم *rythme*) .

أما اللحن الموسيقى (الميلودى) فهو سلسلة من الأنغام (الأصوات الموسيقية) المتوالية ، تكون أساسا للمصنف الموسيقى . ويكون قابلا لأن ترتب عليه حقوق المؤلف ، مستقلا عن العنصرين الآخرين .

وأما التوافق الموسيقى (الهارمونى) فينتج من إصدار أنغام مختلفة فى آن واحد ، مع مراعاة الانسجام الموسيقى فيما بينها . وليس للتوافق الموسيقى قوام ذاتى ، وإنما هو يصحب اللحن الموسيقى ويقرن به ، إذ هو انسجام ما بين الأنغام المختلفة طبقا لقواعد موسيقية معروفة . ومن ثم لا يكون قابلا لأن ترتب عليه حقوق المؤلف ، إلا إذا صاحب اللحن الموسيقى .

وأما الإيقاع الموسيقى (الريتم) فهو الأبعاد الزمنية ما بين الأنغام المختلفة المتوالية ، أو الأبعاد الزمنية ما بين نغم واحد يتكرر ، أو الاختلاف فى الضغط على النوت الموسيقية بعضها بالنسبة إلى بعض . ولا يكون قابلا بذاته لأن ترتب عليه حقوق المؤلف ، ولكنه يكون قابلا لذلك — كما هو شأن التوافق الموسيقى — إذا صاحب اللحن الموسيقى وأقرن به .

١٨٦ — المصنفات الموسيقية المشتقة من مصنفات سابقة : ويقع فى المصنفات الموسيقية ، كما رأينا فى المصنفات الأدبية والفنية ، أن يشتق مصنف من مصنف آخر سابق عليه . والقاعدة واحدة فى جميع هذه الأحوال ، فإن مؤلف المصنف المشتق يجب عليه أن يستأذن مؤلف المصنف الأصيل أو خلفاءه إذا كان هذا المصنف لا تزال تشملها الحماية ولم يؤل إلى الملك العام ، فإن للمصنف الأصيل حقا أعلى (*droit éminent*) على المصنف المشتق . ولا حاجة لاستئذان أحد إذا كان المصنف الأصيل قد انقضت مدة حمايته وآل إلى الملك العام . فإذا اشتق مؤلف مصنفا موسيقيا من مصنف موسيقى

سابق ، فإنه له حقوق المؤلف على المصنف المشتق ، ولا يجوز لأحد بغير إذنه أو إذن خلفائه أن ينقل المصنف المشتق أو يحوله مادامت مدة حمايته باقية .
واشتقاق مصنف موسيقى من مصنف موسيقى سابق يكون عادة بأحد طريقتين : طريق التحويل (arrangement) ، وطريق التنوع (variation) .
أما طريق المحاكاة (imitation) ، وهو أن يبارى مؤلف موسيقى مؤلفا موسيقيا آخر فيأتى بمصنف يضاهي مصنفه ويسمو إلى مرتبته ،
فليس بطريق اشتقاق ، ويعتبر المصنف اللاحق مصنفا أصليا لا مشتقا ، شأنه في ذلك شأن المصنف السابق . ويترتب على ذلك أن صاحب المصنف اللاحق لا يعين عليه استئذان صاحب المصنف السابق حتى لو كانت مدة حماية هذا المصنف الأخير لم تنقض ، فإن المصنف اللاحق مصنف أصلي غير مشتق من المصنف السابق . ويبقى الآن أن نقول كلمة موجزة في كل من طريقتي الاشتقاق السابق الإشارة إليهما ، وهما التحويل والتنوع .

أما التحويل فيتحقق بنقل مصنف موسيقى من الصلاحية لآلة موسيقية معينة (البيانو مثلا) إلى الصلاحية لآلة موسيقية أخرى (الكنتجة مثلا) .
وهذا أقرب ما يكون إلى الترجمة في المصنفات الأدبية والعلمية ، إذ أن المؤلف يترجم مصنفا موسيقيا من لغة آلة موسيقية إلى لغة آلة موسيقية أخرى .
ولا يعتبر نقل المصنف الموسيقى من مفتاح إلى مفتاح آخر تحويلا ، إذ أن هذا النقل إنما يقتضى مهارة تكنولوجية لا مهارة فنية ، أما التحويل فيقتضى مهارة فنية وينطوى على قدر من الابتكار والشخصية يجعل المصنف المحول جديراً بالحماية .

وأما التنوع فيقتضى مهارة فنية أكبر وينطوى على قدر أعلى من الابتكار والشخصية ، فإن المؤلف الموسيقى في حالة التنوع لا يلتزم مصنفا موسيقيا واحدا فيترجمه من لغة آلة موسيقية إلى لغة آلة موسيقية أخرى ، بل هو يقتبس مصنفه المتنوع من مصنف أو مصنفات موسيقية متعددة يجمع بينها ، ويؤلف منها ومن عمله هو نفسه مصنفا يحمل طابع شخصيته وأثر ابتكاره .
ومن ثم يكون المصنف المتنوع جليراً بالحماية ، بل هو أولى بالحماية من المصنف المحول .

المبحث الثاني

المؤلف

١٨٧ — القاعدة العامة : تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « ويعتبر مؤلفا الشخص الذي نشر المصنف منسوباً إليه ، سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى ، إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك . ويسرى هذا الحكم حتى الاسم المستعار ، بشرط ألا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف » . وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون في صدد هذا النص : « وقد عرفت هذه المادة المؤلف بأنه الشخص الذي ينشر المصنف منسوباً إليه بأية طريقة من الطرق المتبعة في نسبة المصنفات لمؤلفيها ، سواء كان ذلك بذكر اسم المؤلف عليه أو بذكر اسم مستعار أو علامة خاصة لا تدع مجالاً للشك في التعرف على شخصية المؤلف ، وهذه القرينة غير قاطعة فهي تقبل الدليل العكسي » (١) . والقاعدة العامة في هذا الصدد أنه لما كان المصنف هو ابتكار الذهن كما قدمنا ، فالمؤلف بداهة هو المبتكر . ولم يعن النص مالف الذكر بذكر هذه القاعدة صراحة لبدايتها ، وإنما عني بأن يذكر كيف يقام الدليل على ذاتية هذا المبتكر . فالأصل أن المصنف ينشر عادة منسوباً إلى شخص معين ، فيذكر اسم هذا الشخص ، في غلاف المصنف وفي الصفحة الأولى من صفحاته وهي الصفحة التي تحمل العنوان ، على أنه هو المؤلف . وهذه قرينة قانونية على أن الشخص الذي ذكر اسمه هو المؤلف حقيقة ، وعلى من يدعي أن هذا غير صحيح وأنه هو ، لا الشخص الذي ذكر اسمه ، المؤلف الحقيقي أن يقيم الدليل على ذلك . وله أن يقيم الدليل بجميع طرق الإثبات ، لأنه إنما يثبت واقعة مادية . وقد يكفي المؤلف بوضع علامة على مصنفه ، فإذا وقع نزاع فعليه

(١) ويقابل النص في المشروع الجديد الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا المشروع « وتجري على النحو الآتي . « ويعتبر مؤلفا الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي نشر المصنف منسوباً إليه ، سواء كان ذلك بذكر اسمه الحقيقي أو إبهم مستعار على المصنف أو بأية طريقة أخرى ، إلا إذا ثبت عكس ذلك » . ولا فرق في الأحكام ما بين نص القانون القائم ونص المشروع الجديد .

أن يثبت بجميع الطرق أن هذه العلامة خاصة به وأنها لا تدع مجالاً للشك في التعرف على شخصيته . وقد يضع المؤلف على مصنفه اسماً مستعاراً ، أو ينشره غفلاً من اسم المؤلف بتاتا ، فيكون على المؤلف عند النزاع إقالة للدليل بجميع الطرق على أن الاسم المستعار هو له بحيث لا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف ، أو أنه هو الذي ألف المصنف في حالة نشره غفلاً من اسم المؤلف ، وسنعود إلى هذه الحالة ببيان أوفى فيما يلي^(١) . ويتبين من ذلك أن نسبة المصنف إلى شخص ، سواء بذكر اسمه على المصنف أو بذكر اسم مستعار أو بأية طريقة أخرى ، إنما هي قرينة قانونية غير قاطعة ، فهي تقبل دائماً لإثبات العكس ، ويكون الإثبات بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعة مادية . ولما كان المصنف إنما هو نتاج الفكر ، فإنه يترتب على ذلك النتيجةتان الآتيتان .

أولاً - أنه لا يجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن صفته كـ مؤلف ، فهو المؤلف حتماً لأن المصنف هو نتاج فكره ، كالأب لا يستطيع أن ينزل عن أبوه . وكل ما يستطيع المؤلف أن ينزل عنه للغير ، ليس هو صفة المؤلف ولا الحق الأدبي المتصلق بهذه الصفة ، ولكن حتى الاستغلال المالي الذي يثبت له باعتباره مؤلفاً على النحو الذي ستفصله فيما يأتي .

ثانياً - لا يجوز في الأصل أن يكون المؤلف شخصاً معنوياً ، فالمصنف نتاج الفكر كما قلنا ، والشخص المعنوي غير قادر على التفكير . والذين يفكرون هم أشخاص طبيعيون تابعون للشخص المعنوي ، فيجب أن يكونوا هم المؤلفين وليس الشخص المعنوي . ومع ذلك فإن قانون حماية حق المؤلف يصرح بأن المؤلف قد يكون شخصاً معنوياً ، وقد أشار إلى ذلك عندما نص في الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ منه على ما يأتي : « ونحسب هذه المدة (مدة الحماية) من تاريخ النشر إذا كان صاحب الحق شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً^(٢) » . وكان الواجب أن تكون الحماية للشخص الطبيعي الذي ألف المصنف بتوجيه الشخص

(١) انظر فقرة ١٩٢ - فقرة ١٩٤ .

(٢) انظر أيضاً المادة ٢٧ من نفس القانون في المصنف الجماعي (انظر ما يلي فقرة ١٩٥) - وقد صرح بذلك أيضاً الشروح المفصلة عندما نص ، كما رأينا ، في الفقرة الثانية من المادة الأولى على ما يأتي : « ويصير مؤلفاً للشخص الطبيعي أو الإحصائي ... » .

المعنوى ، وأن تكون مدة الحياة خمسين سنة لا من وقت نشر المصنف كما جاء في النص ، بل من وقت موت الشخص الطبيعي الذي ألف المصنف . وسعود إلى هذه المسألة في مناسبات مختلفة .

١٨٨ — ملاحظات خاصة : وإلى جانب هذه القاعدة العامة ، توجد حالات خاصة في حاجة إلى شيء من التفصيل . وهذه الحالات ، التي سنتناولها فيما يلي ، هي : (١) المصنفات التي يكلف مؤلفوها بوضعها . (٢) المصنفات التي تحمل اسما مستعاراً أو التي لا تحمل أى اسم . (٣) المصنفات التي يتعدد فيها المؤلف .

المطلب الأول

المصنفات التي يكلف مؤلفوها بوضعها

١٨٩ — قرصانه : يكلف المؤلف بوضع مصنف إما بتكليف خاص بموجب عقد مقاوله ، أو بتكليف عام بأن يكون المؤلف في خدمة رب العمل . ويؤجره على وضع المصنفات بموجب عقد عمل . وفي القرصان يبقى للمؤلف صفته هذه لا تنتقل منه إلى رب العمل ، كما يبقى له حقه الأدبي على مصنفه إذ أن هذا الحق لصيق بشخصه ، وكل ما يكون محلاً للنظر هو ما إذا كان المؤلف قد نزل لرب العمل عن حقه المالي في استغلال المصنف بموجب عقد المقاوله أو عقد العمل .

ونبحث كلا من القرصان .

١٩٠ — القرصان المقاول : نفرض أن شخصاً قالوا أحد المؤلفين على أن يقوم هذا الأخير بوضع مصنف معين : كتاب في التاريخ أو في الطبيعة أو رسم صورة أو عمل تمثال أو تأليف لحن موسيقى أو وضع أغنية أو كتابة مسرحية . ففي هذا الفرض يحدد عقد المقاوله حقوق كل من الطرفين ، المؤلف ورب العمل . ويستوى أن يكون رب العمل شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً ، والشخص المعنوي قد يكون شخصاً معنوياً عاماً كالدولة ممثلة في وزارة التربية والتعليم مثلاً ، أو شخصاً معنوياً خاصاً كجمعية للفنون الجميلة

أو جمعية للتمثيل المسرحي أو شركة لبيع التماثيل أو الأغاني أو الألحان الموسيقية وهناك حدود لا يجوز أن يتخطاها عقد المقابلة . فالمؤلف لا يجوز له ، بعقد المقابلة ، أن ينزل لرب العمل عن صفته كمؤلف ، فلا يمكن أن يصبح رب العمل هو المؤلف للمصنف محل المقابلة ، بل تبقى للمؤلف صفته بالرغم من أى اتفاق على خلاف ذلك . كذلك لا يجوز للمؤلف ، بعقد المقابلة ، أن ينزل عن حقه الأدبي كمؤلف ، فهذا حق لصيق بشخصه غير قابل للتصرف فيه ، ويبقى المؤلف يمارس هذا الحق ولو وجد اتفاق في عقد المقابلة على غير ذلك .

والذي يمكن الاتفاق عليه في عقد المقابلة هو ما يتعلق بحق المؤلف المالى في استغلال مصنفه . فقد ينزل المؤلف عن هذا الحق لرب العمل بموجب عقد المقابلة ، فيصبح رب العمل هو صاحب الحق في استغلال المصنف ماليا طوال مدة الحماية ، أى طوال حياة المؤلف وخمسين سنة بعد موته . ومن هنا نرى أن رب العمل ، إذا كان شخصا معنويا عاما أو خاصا ، لا يستطيع أن يكون هو المؤلف للمصنف الذى أوصى بوضعه ، وكل ما يكون له من حق هو أن يستغل ماليا هذا المصنف إلى خمسين سنة بعد موت المؤلف ، لا إلى خمسين سنة من وقت نشر المصنف (قانون م ٣/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف) . وقد يقتصر المؤلف على أن ينزل لرب العمل ، بموجب عقد المقابلة ، عن حق الاستغلال المالى لمدة معينة ، عشر سنوات مثلا أو عشرين سنة . وقد لا ينزل المؤلف عن حقه المالى إلا بالنسبة إلى طبعة واحدة أو عدد معين من الطبعات ، أو عن عدد معين من النسخ مع الاحتفاظ بحقه في طبع نسخ أخرى . وهكذا تتنوع صور الاتفاق ما بين المؤلف ورب العمل بموجب عقد المقابلة ، ولكن كل هذه الصور إنما تناول حق المؤلف في استغلال مصنفه استغلالا ماليا ، ولا تجاوز ذلك إلى صفته كمؤلف ولا إلى حقه الأدبي على مصنفه .

١٩١ — المرحوم الثانى — عمر العمل : وهنا نقرض أن شخصا صنعته

التأليف استخدمه رب العمل بموجب عقد عمل ، فظل في خدمته يضع المصنفات التى يوصى بها رب العمل ، في مقابل أجر يحدد طبقا للطرق التى يحدد بها الأجر في عقد العمل . مثل ذلك عقود العمل التى تبرمها الصحف والمجلات

مع محرريها ، على أن يقوم هؤلاء بتحرير الصحيفة أو المجلد في نظير أجر شهري ، أو في نظير أجر عن كل مقال يحضره المؤلف .

وهنا أيضاً في هذا الفرض ، كما في فرض عقد المقالة ، لا يجوز للمؤلف بموجب عقد العمل أن ينزل عن صفته كمؤلف ، ولا أن ينزل عن حقه الأدبي على مصنفه . ولا يجوز أن يصبح رب العمل — شخصاً طبيعياً كان أو شخصاً معنوياً عاماً كاللولة أو خاصاً كالجمعية والشركة — هو المؤلف بموجب عقد العمل ، ولا أن يكون له حق أدبي على المصنف . ولكن المؤلف يكون بموجب عقد العمل قد تصرف في حقه المالي في استغلال مصنفه ، فلا ينشر هذا المصنف مثلاً إلا في الصحيفة أو المجلد التي تعاقده معها^(١) . وقد يحتفظ المؤلف بحقه في إيجع مصنفاته التي نشرها باسمه رب العمل في مصنف شامل ، ويكون له في هذه الحالة حق استغلال هذا المصنف مالياً . ويتحدد بوجه عام حقوق المؤلف المالية على مصنفاته بحسب ما ورد من الشروط في عقد العمل .

وقد يوفق المؤلف ، في أثناء خدمته لرب العمل وبسبب هذه الخدمة ، إلى وضع مصنف لم يتعاقد عليه بالذات مع رب العمل . فيستبقى المؤلف في

(١) وقد تكون اللولة أو شخص عام هو رب العمل ، وهو الذي يكون له حق الاستغلال المالي للمصنف . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا الصدد بأنه ليس هناك ما يمنع اللولة من أن تملك أملاكاً أدبية كما تملك أملاكاً مادية ، وإن كان يبدو لأول وهلة أنه إن صحح اللولة أن تملك أملاكاً مادية فإنه لا يصح لها أن تملك أملاكاً أدبية وأن تستغلها تجارياً ، إذ لا يصح الاتجار بالثقافة العامة ونشرها من أول واجبات الدولة . فإنه يجب أن يلاحظ من جهة أخرى أن استغلال الدولة للأملاك الأدبية كاستغلالها للأملاك المادية مأمور إلا للمصلحة العامة ، لأن ما تكتسبه الحكومة من مال من ذلك يقول بمجرد أبولته إنها إلى غزاة الدولة العامة ، أي يصبح من الأموال العامة التي لا تصرف إلا في الشؤون العامة وفي سبيل المصلحة العامة ... فإن أجهدت الدولة نفسها بوساطة موظفيها الذين يأخذون مرتباتهم العامة في تأليف كتاب جديد أو تصحيح كتاب قديم ، وزادت فيه وعلقت عليه من مصادر أخرى ، ورتبته ووضعت مقدمة وفهرساً له ، فإن كل ذلك يعتبر ملكية أدبية لا يصح معها الفرد أن يستغل هذا الجهود استغلالاً تجارياً لنفسه خاصة بدون أي مقابل من جهته (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٤٢ الهامة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧ : وهي قضية نشر كتاب القرطبي — وكانت محكمة مصر الكلية في ٧ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٣ ص ٨٨ ، قد قضت بأنه يصح التسليم جدلاً بأبولة مثل هذه المؤلفات إلى وزارة المعارف ، فإنها متى آتت اللولة وطبعتها تسقط سالا في الملك العام ، ويكون لكل إنسان حق إعادة طبعتها ، لأن المؤلفات التي تنشرها الدولة تدل بطبيعتها على أنها وضعت لغرض الجمهور) .

هذه الحالة على المصنف الحق الأدبي والحق المالى جريماً ؛ ويكون له وحده حق استغلال المصنف أو التزول عن استغلاله لمن يشاء . وذلك ما لم يرد شرط فى عقد العمل يقضى بغيره . وقد ورد فى التفتين المدنى نص خاص بما يوفق إليه العامل من اختراعات جديدة فى أثناء خدمته لرب العمل ؛ يمكن تطبيقه أيضاً على ما يضعه المؤلف من مصنفات . فقد نصت المادة ٦٨٨ مدنى على أنه « ١ - إذا وفق العامل إلى اختراع جديد فى أثناء خدمة رب العمل ، فلا يكون لهذا أى حق فى ذلك الاختراع . ولو كان العامل قد استنبطه بمناوبة ما قام به من أعمال فى خدمة رب العمل . ٢ - على أن ما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل ، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الابتداء ، أو إذا كان رب العمل قد اشترط فى العقد صراحة بأن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من اختراعات . ٣ - وإذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية ، جاز للعامل فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقبل وفقاً لمقتضيات العدالة . ويراعى فى تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها رب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشأته » .

وهناك مصنفات يقوم بها موظفو الدولة بحكم وظائفهم ، كمشروعات القوانين والقرارات واللوائح ، وكالأحكام القضائية ، وكالتقارير الاقتصادية والمالية والعلمية والتعليمية والإحصاءات وما إلى ذلك من الوثائق الرسمية . فهذه كلها تقع فى الملك العام ، ولا يكون لا للدولة ولا لمن وضعوها ولا لأى أحد آخر حق المؤلف عليها ، إذ يراد بهذه الوثائق الرسمية أن تكون فى متناول كل فرد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(١) . ويلاحظ مع ذلك أن بعض هذه الوثائق قد تكون سرية ، فلا يجوز لأحد نشرها ، وقد يقتضى الأمر الاستئذان فى نشر بعضها من الجهة الحكومية المختصة ، كما يلاحظ أن المجموعات المنسقة تنسيقاً مبتكراً يثبت عليها حق المؤلف لمن قام بجمعها وقد تقدم بيان ذلك^(٢) .

(١) انظر أننا فقرة ١٧٤ .

(٢) انظر أننا فقرة ١٧٤ .

المطلب الثاني

المصنفات التي تحمل اسما مستعاراً أو لا تحمل أى اسم

١٩٢ — استبقاء المؤلف لصفته ولحقوقه : قلنا أن الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف تقضى بأن المصنف الذى يعمل اسماً مستعاراً أو ينشر غفلاً من اسم المؤلف يبقى منسوباً إلى مولفه الحقيقى ، ويحفظ هذا بصفته وبجميع حقوقه الأدبية والمالية على مصنفه^(١) ، وإن كان ذلك يبقى مستوراً ولا ينفذ إلا فيما بينه وبين من فوض له مباشرة حقوقه ، إلى أن يكشف المؤلف الحقيقى عن شخصيته فعند ذلك يباشر حقوقه بنفسه . والمؤلف يعمل إلى نشر مصنفه تحت اسم مستعار أو غفلاً من اسمه لأسباب مختلفة ترجع إلى محض تقديره ، فقد يرى إبقاء اسمه مستوراً لتتاح له الفرصة في تقدير أثر مصنفه في نفوس الجماهير ، وقد يفعل ذلك مراعاة لمصلحة الغير ، وقد يسير في ذلك على نهج أنه تجار الكتاب من نشر مصنفاتهم تحت اسم مستعار . والمهم أن ستر اسمه لا يحرمه من صفته ولا من حقوقه ، ولكن مادام اسمه مستوراً فإنه يخضع لأحكام خاصة يقتضيها هذا السر ، حتى إذا أعلن عن شخصيته خضع للأحكام العامة . فيجب إذن أن تميز بين عهدتين : العهد الذى يبقى فيه اسمه مستوراً ، والعهد الذى يكشف فيه عن شخصيته .

١٩٣ — العهد المؤبد — المؤلف اسم مستور : تنص المادة ٢٨ من قانون حماية حق المؤلف على أنه « في المصنفات التي تحمل اسماً مستعاراً أو التي لا تحمل اسم المؤلف ، يعتبر أن الناشر لما قد فوض من المؤلف في مباشرة الحقوق المقررة في هذا القانون ، ما لم ينصب المؤلف وكيلاً آخر أو يعلن شخصيته وثبت صفته^(٢) . ويخلص من هذا النص أنه مادام اسم المؤلف

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٧ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في خصوص هذا النص ما يأتي : « والمصنفات التي تنشر غفلاً من اسم المؤلف أو باسم مستعار تعتبر ملكاً للناشر ، وأساس هذا الحكم قرينة مفترضة في أن المؤلف قد فوض الناشر في مباشرة حقوق استغلاله وذلك إلا أن يكشف المؤلف عن شخصيته . ولا شك أن في هذا الحكم تيسراً للمؤلف في مباشرة حقوقه إذا ما رغب عدم الإعلان عن شخصه ، وحرس على أن يظل أمره مجهولاً » .

ويقابل هذا النص نص المادة ٢٨ في الشروح الجديد ، والنصان متطابقان .

مستوراً ، فلا بد من شخص ظاهر يباشر حقوق المؤلف الأدبية والمالية ، وهذه ضرورة تقتضيها طبائع الأشياء . وهذا الشخص الظاهر لا بد أن يكون مفوضاً من المؤلف نفسه في مباشرة حقوقه ، إذ بدون تفويض لا يكون للشخص الظاهر صفة في مباشرة هذه الحقوق . ويضع النص مالف الذكر قرينة قانونية تيسراً للتعامل ، وهذه القرينة تقضى بأن ناشر المصنف يعتبر هو الشخص الظاهر الذى فوض له المؤلف مباشرة حقوقه . ولكن هذا الحكم غير مفروض على المؤلف ، فله أن يفوض شخصاً آخر غير الناشر في مباشرة حقوقه ويبقى الناشر مجرد ناشر ، أما الذى يباشر حقوق المؤلف فهو الشخص الذى فوضه المؤلف في ذلك .

وسواء كان الشخص الظاهر هو الناشر أو غيره ، فإن له أن يباشر حقوق المؤلف الأدبية والمالية . يباشر حقوقه الأدبية كأن يطالب بمنع أى اعتداء على المصنف ، ويجب أن يلتزم في ذلك التوجيهات التى تصدر له من المؤلف . ويباشر حقوق المؤلف المالية ، كأن يتعاقد على نشر المصنف إذا لم يكن قد نشر ، ويتعامل مع الناشر إذا لم يكن هو نفسه الناشر ، ويبيع نسخ المصنف ويقيض الحق ، ويعيد نشر المصنف إلا إذا منعه المؤلف من ذلك ، ويأذن للغير في تحويل المصنف أو في تلخيصه أو في ترجمته ، وبالجملة يباشر جميع حقوق المؤلف في الاستغلال المالى إلا ما منعه منه المؤلف . ويجب عليه ، ككل وكيل مفوض ، أن يقدم حساباً عن كل ذلك إلى موكله ، فيؤدى له المبالغ التى قبضها ، وينقل له الحقوق التى كسبها ، ويعرضه عن الخسارة التى جشمتها له بخطأه .

ويستثنى من ذلك الأمور الثلاثة الآتية : (١) ليس له أن يسحب المصنف إلا أن يفوضه المؤلف في ذلك تفويضاً خاصاً ، فإن سحب المصنف من حقوق المؤلف الأدبية الموكولة إلى محض تقديره الشخصى . (٢) وليس له أن يضع حداً لسر اسم المؤلف ، بأن يتنحى عن التفويض كاشفاً اسم المؤلف الحقيقي ، إلا إذا أذنه المؤلف في ذلك ، فإن هذا أمر هو أيضاً موكول لمحض تقدير المؤلف الشخصى ، فلا يجوز للشخص الظاهر أن يباشره دون إذنه . ومع ذلك يستطيع الشخص الظاهر أن يتنحى عن التفويض في الحدود التى يستطيع فيها الوكيل أن يتنحى عن الوكالة ، ويكون ذلك بإرادته وحده دون حاجة إلى

الحصول على رضاه المؤلف ، ولكنه يبقى سائرا لاسم المؤلف لا يكشف عنه ، والمؤلف بعد ذلك أن يختار بين الكشف عن شخصيته أو تفويض شخص ظاهر آخر يحل محل الشخص الظاهر الذي تنحى . (٣) كان مقتضى أن يعتبر الشخص الظاهر هو المؤلف يباشر حقوقه ، أن مدة الحماية تقاس على حياة الشخص الظاهر لا على حياة المؤلف مادام اسمه مستورا ، ولكن القانون لم يسر إلى هذا الحد في اعتبار الشخص الظاهر هو المؤلف ، إذ نصت المادة ٢١ من قانون حماية حق المؤلف على أن « تبدأ مدة الحماية المبنية في الفقرة الأولى من المادة السابقة بالنسبة للمصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار من تاريخ نشرها ، ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته خلالها فتبدأ مدة الحماية من تاريخ الوفاة » . وفي هذا الحكم وقاية من عدم استقرار مدة الحماية ، فلو حسبتا المدة من تاريخ موت الشخص الظاهر فمن المحتمل أن يحل محل الشخص الظاهر شخص ظاهر غيره كما رأينا ، فتتغير مدة الحياة إذ تبدأ من تاريخ موت الشخص الظاهر الثاني ثم الثالث وهكذا . ولكن بفضل الحكم الوارد في المادة ٢١ سالفة الذكر تستقر مدة الحماية ، فهي تبدأ من تاريخ نشر المصنف وتبقى سارية من هذا التاريخ مادام اسم المؤلف الحقيقي مستورا ولو تغير الشخص الظاهر . ولا تتغير مدة الحياة إلا في حالة واحدة هي إذا كشف المؤلف الحقيقي عن شخصيته ، فعند ذلك تبدأ مدة الحماية من تاريخ موته .

١٩٤ - العهد الثاني - المؤلف كُشف عن شخصيته : والمؤلف حر
في أن يكشف عن شخصيته في أي وقت شاء ، فإن هذا الأمر موكول إلى محض تقديره الشخصي كما قلنا . فإذا مات دون أن يكشف عن شخصيته ، لم يجز لورثته من بعده أن يتولوا هم من تلقاء أنفسهم الكشف عن شخصيته ما لم يكن قد أذن لهم في ذلك قبل موته^(١) . فإن لم يكن قد أذن في ذلك ، وجب بقاء اسمه مستورا ، ويقدم الشخص الظاهر الحساب للورثة الذين حلوا محل المؤلف ، وتنتهي مدة الحماية بانقضاء خمسين سنة من وقت نشر المصنف كما سبق القول . وإن كان المؤلف قد أذن لورثته في الكشف عن شخصيته بعد

(١) ديبرا في أنيسكلويدى دالوز ، لنظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١١٢ .

موته ، وجب عليهم الكشف عن هذه الشخصية ، فيختفى عندئذ الشخص الظاهر ويتولى الورثة حقوق المؤلف بأنفسهم مباشرة دون وسيط ، مع التزامهم باحترام حقوق الغير الذين تعاملوا مع الشخص الظاهر ، ولا تنتهى مدة الحماية إلا بانقضاء خمسين سنة من وقت موت المؤلف ، لا من وقت نشر المصنف .

وتفرض الآن أن المؤلف قد كشف عن شخصيته في حال حياته ، فعند ذلك يختفى الشخص الظاهر ويصبح المؤلف الحقيقى معروفا ، فيتولى مباشرة جميع حقوقه الأدبية والمالية بنفسه ، ويجب عليه مع ذلك أن يحترم حقوق الغير الذين تعاملوا مع الشخص الظاهر قبل أن يكشف عن شخصيته .

ولا تنتهى مدة الحماية إلا بانقضاء خمسين سنة من وقت موته ، وكانت قبل أن يكشف عن شخصيته تنتهى بانقضاء خمسين سنة من وقت نشر المصنف كما سبق القول .

المطلب الثالث

المصنفات التى يتعدد فيها المؤلف

١٩٥ - المصنف الجماعى : تنص المادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « المصنف الجماعى هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه شخصى طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتميزه على حدة . ويعتبر الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه مؤلفا ، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف (١) » .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذا النص : « المصنف الجماعى هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة من المؤلفين بتوجيه من شخص طبيعى أو معنوى ، ويندمج عمل المشتركين فيه فى فكرة صاحب التوجيه بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتميزه على حدة . وصاحب حق المؤلف فى هذه المصنفات هو الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجه ونظم ابتكاره المصنف ، فله وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف » .

ويقابل هذا النص المادة ٢٧ فى المشروع الجديد ، والتصان مطابقتان .

ومثل المصنف الجامعي هو المعجم ودائرة المعارف فهذه أعمال واسعة النطاق ، لا يقوم بها عادة شخص واحد ، بل يشترك في وضعها عدد كبير من المؤلفين . ويكثرون جميعاً تحت إدارة شخص واحد ، يضع خطة العمل ويشرف على تنفيذها . وليس من الضروري أن يساهم في التأليف ، فقد يقتصر على الإشراف والتنسيق والتصحيح والتوجيه . ويعتبر هو مؤلف المصنف الجامعي في جميع الأحوال .

ويجب هنا أن نميز بين فرضين : فلما أن يكون عمل المشتركين في التأليف قد اندمج في الهدف العام بحيث لا يمكن فصل عمل كل منهم وتمييزه على حدة ويقع ذلك كبراً في المعاجم وقد يقع في دوائر المعارف ، أو أن يكون عمل كل من المشتركين متميزاً عن عمل الآخر ويمكن فصله على حدة بل ويحمل في بعض الأحيان توقيعه ويقع ذلك كثيراً في دوائر المعارف ويقع غالباً في المجلات والصحف .

ففي الفرض الأول — وهو الفرض الذي عرضت له المادة ٢٧ صالفة الذكر — لا يكون لأحد من المشتركين حق ، ويعتبر الشخص الذي وجه العمل ونسقه ونظمه ووضع خطته هو المؤلف ، ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف المالية والأدبية . ويصح أن يكون هذا الشخص شخصاً معنوياً ، كجمعية أو شركة أو دائرة من دوائر الحكومة كجمع اللغة العربية في وضع المعاجم وكدار الكتب والجمعيات في نشر المخطوطات وكوزارة التربية والتعليم في الكتب المدرسية وكالدوائر الثقافية المختلفة في وضع دوائر المعارف وغيرها من المصنفات الأدبية والعملية . وكان الواجب في هذه الحالة أن يكون المؤلف هو الشخص الطبيعي الذي أدار العمل ونسقه ونظمه ولو تعدد ، ويعتبر المؤلف قد نزل ، في نظير الأجر أو المكافأة التي تقاضاها ، عن حقوقه المالية في المصنف للشخص المعنوي الذي عمل لحسابه^(١) . ولكن نص المادة ٢٧ صالفة الذكر صريح في أن المؤلف هو الشخص المعنوي ذاته ، وأنه هو الذي يباشر جميع حقوق المؤلف المالية والأدبية . وهذه حالة يعتبر فيها الشخص المعنوي مؤلفاً بنص صريح ، وعلى خلاف القياس . وعلى ذلك نحسب أنه

(١) انظر أيضاً فقرة ١٨٧ في آخرها..

الحماية خمسين سنة من تاريخ النشر : مادام المؤلف هو شخص «عنوى عام أو خاص» (م ٣/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف) .
وفي الفرض الثانى ، إذا كان عمل كل من المشتركين متميزاً عن عمل الآخر ويمكن فصله على حدة ، يبقى الشخص الطبيعي أو المعنوى الذى أدار العمل ، هنا أيضاً . هو المؤلف للمصنف فى مجموعه . ولكن يثبت لكل من المشتركين : مادام عمله متميزاً . حق المؤلف على عمله . فله إذن أن يباشر جميع الحقوق الأدبية والمالية على هذا العمل وحده بشرط ألا ينافس المصنف الجماعى ، ويعتبر أنه قد نزل لمن أدار العمل عن حقوقه المالية على عمله باعتباره جزءاً من المصنف الجماعى لا باعتباره منفصلاً على حدة . وذلك فى نظير الأجر أو المكافأة التى تقاضاها^(١) .

١٩٦ - المصنف المشترك - القاعدة العامة : تنص المادة ٢٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « إذا اشترك عدة أشخاص فى تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك : اعتبر الجميع أصحاب المصنف بالتساوى فيما بينهم ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف إلا باتفاق جميع المؤلفين المشتركين ، فإذا وقع خلاف بينهم يكون الفصل فيه من اختصاص المحكمة الابتدائية ، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المواد ٢٧ و ٢٩ و ٣٠ و ٣٢ و ٣٣ ، و ٣٤ من هذا القانون . ولكل من المشتركين فى التأليف الحق فى رفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف » . وتنص المادة ٢٦ من نفس القانون على ما يأتى : « إذا كان اشترك كل من المؤلفين بتدرج تحت نوع مختلف من الفن ، فلكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك . ما لم يتفق على غير ذلك »^(٢) .

(١) ديوا فى أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٢٤ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « المصنفات المشتركة هى المصنفات التى يشترط فى تأليفها عدة أشخاص ، وهى نوعان : نوع يجمع بين إنتاج جميع المشتركين فى التأليف على نحو يتعذر معه فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك ، وفى هذه الحالة يعتبرون جميعاً أصحاب حق المؤلف على التساوى إلا إذا اتفق على غير ذلك ، فلا يجوز مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف -

ونرى من ذلك أنه يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن المصنف اشترك فيه أكثر من شخص ، ولا يمكن فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك . مثل ذلك شخصان يكتبان رواية واحدة أو كتاباً أدبياً أو علمياً ، أو يشتركان في نحت تمثال أو رسم صورة أو وضع مسرحية أو لحن موسيقى ، ويكون اشتراكهما بحيث لا يتميز نصيب كل منهما في العمل المشترك عن نصيب الآخر^(١) . ففي هذا الفرض يكون حق المؤلف لما على الشيوع ، وتكون حصة كل منهما في هذا الحق بالقدر الذي يتفقان عليه إذ هما يعلمان ما بذل كل منهما من جهد في العمل المشترك ويستطيعان تقديره . فقد يتفقان

« إلا باتفاقهم جميعاً . فإذا اختلفوا ، يرجع في فض هذا الخلاف إلى المحكمة الابتدائية (م ٢٥) . وقد بين جميع المشتركين في التأليف بالنسبة لحق المؤلف لتعدد نصيب كل منهم في استغلال المصنف ، بسبب استحالة فصله وتمييزه . وقد كفل الحق الأخر من المادة ٢٥ لجميع المشتركين في التأليف حق رفع النزاع ، عند وقوع أي تمسك على حق المؤلف الذي يمكنه على الشيوع فيما بينهم . أما النوع الآخر من المصنفات المشتركة فهي المصنفات التي يتميز فيها نصيب كل مشترك في التأليف بسبب اختلاف أنواع الحقوق التي يساهم بها كل منهم في المؤلف المشترك ، وفي هذه الحالة يكون لكل منهم حق استغلال الجزء الذي انفرد بوضعه ، على ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢٦) » .

وتطابق المادة ٢٥ من قانون حماية حق المؤلف المادة ٢٥ في المشروع الجديد . أما المادة ٢٦ من المشروع الجديد فقد جاءت أكثر وضوحاً من المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف إذ جرت على الوجه الآتي : « إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث يمكن فصل نصيب كل منهم ، كان لكل منهم الحق في استغلال الجزء الذي ساهم فيه على حدة بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك » ما لم يتفق على غير ذلك » .

(١) والمهم في تعريف الاشتراك في تأليف المصنف أن تكون هناك فكرة مشتركة للمؤلفين يتعاون بها ، وليس من الضروري أن يكون كل جزء من المصنف من عمل المشتركين فيه . ولكن يجب أن يساهم كل شريك في التأليف مساهمة فعلية ، أما مجرد مراجعة المصنف وتهذيب بعض عباراته وإبداء الرأي فيه فلا يكفي لتسحق فكرة الاشتراك (ديبواز ققرة ١٧١ - عبد المنعم قرج الصدة ققرة ٢٠٩) . - وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير المشاركة الذهنية في التأليف من مسائل الواقع التي يستلزمها قاضي الموضوع ما دام حكمه يقوم على أسباب مألوفة ، فإذا كان الحكم لظهوره فيه قد نفي عن الطاعن اشتراكه في تأليف الكتاب موضوع النزاع ، استناداً إلى أن الأدلة التي تقدم بها إمامي تعليقات بخطه على أصل الكتاب أثبتت الخيول المستندب أنها لا تتجاوز استبدال كلمة بأخرى أو مثلاً بأخرى ، وهي في مجموعها لا تدل على مشاركة ذهنية وتبادل في الرأي جاء الكتاب نتيجة ، فإن هذا الذي أورده الحكم يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها (نقض ملف ٤ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤ ص ٣٤) .

على أن يكون لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث، أو أن يكون لكل منهما النصف، أو أن يكون لأحدهما الربع وللآخر ثلاثة الأرباع، وهكذا. فإذا لم يتفقا على شيء، لم يبق إلا أن تحسب حصة كل منهما مساوية لحصة الآخر، فيكون لكل منهما النصف. أما من حيث استعمال حقوق المؤلف الأدبية والمالية، فهذا يترك لها مع بالاتفاق فيما بينهما. فيتعاقدان معاً مع الناشر مثلاً، ويتصرفان معاً في حقوق الاستغلال المالية للمصنف المشترك، وبأذنان معاً لمن يشاءان في ترجمة المصنف أو تحويله أو التعليق عليه وما إلى ذلك. وكذلك يتفان معاً في استعمال الحقوق الأدبية، فيختاران معاً الوقت الذي ينشر فيه المصنف، ويتفان معاً على نسبه إليهما، وعلى صحبه أو تعديله إذا كان هناك مقتضى لذلك^(١). فإذا تعذر الاتفاق، كان لأى منهما أن يرفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية التي يكون فيها موطن الآخر، ويطلب من المحكمة البت في النزاع القائم بينهما في أى شأن من الشؤون المتعلقة الذكر. وهناك حق من الحقوق الأدبية للمؤلف، هو حق دفع الاعتداء عن المصنف، يملكه كل منهما على انفراد دون حاجة لاشتراك الآخر معه، إذ المصنف مشترك بينهما ولا يمكن لأحدهما أن يدفع الاعتداء عن حصته في المصنف دون أن يدفع في الوقت ذاته الاعتداء عن حصة الآخر. ويلاحظ، مع كل ذلك، الأحكام التي قلناها في شأن المصنف الجماعي (م ٢٧)، وما سنورده من الأحكام في شأن المصنفات الموسيقية الثنائية (م ٢٩)، وفي شأن الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى (م ٣٠)، وفي شأن المصنفات السينمائية والمصنفات المملعة للإذاعة اللاسلكية والتلفزيون (م ٣٢ - ٣٤). ويلاحظ أخيراً أنه ليس لأحد من الشريكين أن ينفرد وحده - فيما عدا استعمال الحق في دفع الاعتداء المتقدم الذكر - باستعمال أى حق من الحقوق المالية أو

(١) وقد يفوض أحدهما الآخر في مباشرة هذه الحقوق بالوكالة عنه، وذلك تيسيراً لاستغلال المصنف، وقد يكون هذا التفويض ضمناً يستخلص من الظروف. فيتصرف الوكيل المفوض في حدود التفويض، إلا إذا مزله شريكه عن الوكالة وأعلن ذلك الغزل الغير الذى يتعامل معه الوكيل. ويجب في جميع الأحوال أن يكون تصرف الوكيل متفقاً مع المصلحة المشتركة للشريكين معاً، وإلا خرج التصرف عن حدود التفويض (ديبوا في أنسيكلوبيدى ذالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. مقرة ٢٧٩ - مقرة ٢٨٠).

الأدبية إلا إذا كان معه تفويض من الشريك الآخر . ولا محل لبحت ما إذا كان لكل شريك أن يتفرد باستغلال نصيبه في المصنف المشترك ، إذ المفروض هنا أن نصيب كل منهما يتعدى فصله عن نصيب الآخر فلا يتسنى لصاحبه أن يتفرد باستغلاله .

(الفرض الثاني) أن المصنف اشترك فيه أكثر من شخص ، ويمكن تمييز نصيب كل منهم في العمل المشترك وفصله عن أنصبة الآخرين . مثل ذلك شخصان يشتركان في وضع أغنية أحدهما يقوم بوضع كلماتها والآخر يقوم بتلحينها ، ومثل ذلك أيضاً أن يكتب شخصان كتاباً في التاريخ أو في القانون أو في الكيمياء أو في الحساب ويختص أحدهما بكتابة فصول معينة من هذا الكتاب ويختص الآخر بكتابة الفصول الأخرى . ونرى من ذلك أنه ليس من الضروري ، حتى يتيسر فصل نصيب كل من الشريكين ، أن يندرج هذا النصيب تحت نوع مختلف من الفن كما توحى بذلك خطأ نص المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف فيما قلناه . بل يصح أن يكون نصيب كل من الشريكين متميزاً عن نصيب الآخر ويمكن فصله عنه ، مع اندراج كل من النصيبين تحت لون واحد من الفن^(١) . وسواء اندرج كل من النصيبين تحت لون مختلف من الفن أو اندرجا معاً تحت لون واحد ، فالمؤلف للمصنف المشترك هو الشريكان معاً ، ويكون لكل منهما حصته في هذا المصنف بحسب الاتفاق أو بالتساوي إذا لم يوجد اتفاق بينهما . ويستعملان معاً حقوق المؤلف المالية والأدبية بالاتفاق فيما بينهما على النحو الذي يسطناه في الفرض الأول . ولكل منهما منفرداً دفع الاعتداء عن المصنف ، كما هو الحكم في الفرض الأول . وبلاحظ عدم الإخلال بأحكام المواد ٢٧ و ٢٩ و ٣٠ و ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ من قانون حماية حق المؤلف ، وقد سبقت الإشارة إلى هذه الأحكام عند الكلام في الفرض الأول . ويتميز الفرض الثاني عن الفرض الأول فيما يأتي : لما كان نصيب كل من الشريكين متميزاً عن نصيب الآخر ويمكن الفصل فيما بينهما ، فإنه يجوز لكل منهما منفرداً الحق في استغلال نصيبه ،

(١) وقد رأينا أن المادة ٢٦ في المشروع الجديد تقرر ذلك صراحة ، فجات أكثر وضوحاً من نص المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف (انظر أيضاً نفس الفقرة في الماحش) .

بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، وذلك ما لم يتفق الطرفان على حرمان كل منهما من هذا الحق . وعلى ذلك يجوز ، ما لم يوجد اتفاق مخالف ، أن يستغل صاحب الكلمات في الأغنية كلماته ، على ألا يعوق ذلك من انتشار الأغنية الملحنة ، ويجوز كذلك لكل من الشريكين أن ينشر فصلا أو أكثر من الفصول المعنية التي ساهم بها في المصنف المشترك بشرط ألا يكون في ذلك منافسة للمصنف المشترك^(١) .

١٩٧ - صور خاصة مع مشترك : بعد أن قرر قانون حماية حق المؤلف في مادتيه ٢٥ و ٢٦ القاعدة العامة في المصنف المشترك ، أورد في المواد ٢٩ إلى ٣٦ منه صوراً خاصة من الاشتراك وطبق عليها القاعدة العامة . وهذه الصور الخاصة هي : (١) مصنفات الموسيقى الغنائية . (٢) الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى . (٣) المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للإذاعة اللاسلكية أو للتلفزيون . (٤) الصور ومن تمثلهم هذه الصور ، ولا يوجد هنا مصنف مشترك ولكن يوجد شخص غير المؤلف تثبت له حقوق معينة . أما المصنفات الجماعية ، فقد مر بمحها^(٢) .

ونقول كلمة موجزة في كل صورة من هذه الصور الخاصة .

(١) ونرى من ذلك أن المصنف المشترك - في كل من فرعيه - له نظام خاص : فهو من جهة لا يجوز استغلاله ولا اتخاذ قرار في شأنه إلا باتفاق جميع الشركاء أو قضاء المحكمة ، وهو من جهة أخرى كما سرى تحجب مدة حمايته من تاريخ موت آخر من بقى حيا من المشتركين (٢٠٢/٢ من قانون حماية حق المؤلف) وفي ذلك تأكيد لمضى الاشتراك .

ومن ثم يجب التمييز بين الاشتراك في مصنف (collaboration) ، والاختصاص من مصنف سابق (adaptation) بطريق الاشتقاق كالترجمة أو التحويل ، إذ لكل من الحالتين نظامها الخاص . ففي الاختصاص من مصنف سابق يستغل مؤلف المصنف السابق بمصنفه ، وتكون له بالإضافة إلى ذلك حقوق حل المصنف المكتسب سبق يانها (انظر آنفاً فقرة ١٧٣ - فقرة ١٧٧) . ونحسب مدة حماية المصنف المكتسب من تاريخ موت مؤلفه ، لا من تاريخ موته من بقى حيا من المؤلفين . انظر في ذلك نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٨٨١ دالوز ٨١ - ١ - ٣٢٩ - السين ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٥ - ١١ - ١١١ - ديورا في أنسيكلوبيدي دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art .

فقرة ١٢٧ - فقرة ١٢٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٥ .

١٩٨ - ١ . مصنفات الموسيقى الغنائية : تنص المادة ٢٩ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « في حالة الاشتراك في تأليف مصنفات الموسيقى الغنائية ، يكون لمؤلف الشطر الموسيقى وحده الحق في الترخيص بالأداء العلني للمصنف كله أو بتفصيله أو بنشره أو بعمل نسخ منه ، مع عدم الإخلال بحق مؤلف الشطر الأدبي . ويكون لمؤلف الشطر الأدبي الحق في نشر الشطر الخاص به وحده ، على أنه لا يجوز له التصرف في هذا الشطر ليكون أساسا لمصنف موسيقي آخر . ما لم يتفق على غير ذلك » (١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي : « المصنفات الموسيقية إما أن تكون موسيقى غنائية ، وإما أن تكون استعراضات أو مصنفات تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى . وقد عالج المشروع مصنفات الموسيقى الغنائية في المادة ٢٩ ، والمقصود بها المصنفات التي يشترك في تأليفها واضع الجزء الأدبي (أي الرواية أو المقطوعة) وواضع الموسيقى . ولما كان الشطر الموسيقي في المصنفات الغنائية هو الشطر الأهم ، فقد نص المشروع على أن واضع هذا الشطر هو صاحب الحق في تقرير نشر المصنف المشترك أو عرضه أو تفصيله أو عمل نسخ منه . ولم يغفل حق مؤلف الشطر الأدبي ، فحفظ له حقه في الأرباح فضلا عن حقه الأصلي في نشر أو عمل نسخ من الشطر الأدبي وحده . على أنه لا يجوز له أن يتصرف في هذا الشطر الأدبي ليكون أساسا لمصنف موسيقي آخر ، حتى لا يضار شريكه في التأليف وهو واضع الشطر الموسيقي ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وبين من النص سالف الذكر أن مصنف الموسيقى الغنائية ، كالأوبرا والأوبرا كوميك والأوبريت والأغاني المأخوذة ، لها مؤلفان : مؤلف الشطر الموسيقي وهو الذي وضع ألحان الموسيقى ، ومؤلف الشطر الأدبي وهو الذي وضع الكلام الذي يغني في المسرحية أو في الأغنية . أما المؤدى ، وهو الممثل الذي يغني على المسرح أو المطرب الذي يؤدي الأغنية ، فليس مؤلفا ، ولا يعتبر شريكا للمؤلفين في المصنف الموسيقي الغنائي . وإنما يكون له حق أصيل مستقل في تأديته للغناء ، فإذا أريد نشر المصنف الموسيقي الغنائي

(١) ويقابل النص المادة ٢٩ في المشروع الجديد والنصان مطابقتان .

بتأديته هو بالذات وجب استثنائه ، وبالأخص يجب استثنائه في عمل
 اصطوانات تسجيل تأديته وفي إذاعة تأديته بالراديو والتلفزيون . ولكن
 ليس هناك ما يمنع ، كما سئى ، مؤلف الشطر الموسيقى من أن يأذن لشخص
 آخر غير المؤدى الأول في تأدية المصنف ، ولا يلزم لذلك أن يأذن المؤدى
 الأول إذ ليس له حق في ذات المصنف وإنما حقه في تأديته هو على ما بينا ،
 فالمؤلف إذن للمصنف الموسيقى الغنائى ، كما قدمنا ، شخصان : مؤلف
 الشطر الموسيقى ومؤلف الشطر الأدبى . ومن بين هذين الشخصين ، مؤلف
 الشطر الموسيقى هو الذى يعتبر مؤلفاً للشطر الأساسى من المصنف . ومن ثم
 لا تنطبق هنا القاعدة التى قدمناها في المصنفات المشتركة من أنه يجب اتفاق
 المؤلفين معاً . مؤلف الشطر الموسيقى ومؤلف الشطر الأدبى - لاستعمال حقوق
 المؤلف الأدبية والمالية . بل يستقل مؤلف الشطر الموسيقى باستعمال هذه
 الحقوق ، فهو وحده الذى يقرر الوقت الذى ينشر فيه المصنف ، كما أنه هو
 الذى يقرر مجبه إذا كان هناك مقتضى لذلك . وهو وحده الذى يرخص في
 الأداء العلنى للمصنف كله ، لوأحد أو أكثر ، إما عن طريق التأدية المباشرة
 أو طريق الإذاعة بالراديو أو التلفزيون ، كما يرخص في تنفيذه أو فى نشره
 أو فى عمل نسخ منه ، كل هذا ما لم يكن قد نزل عن حقوقه فى ذلك لشخص
 آخر كالمؤدى مثلاً .

أما حقوق مؤلف الشطر الأدبى فهى نوعان : حقه فى مجموع المصنف
 ذاته ، وحقه فى الشطر الأدبى وحده . فحقه فى مجموع المصنف ذاته هو
 حق الشريك (coauteur, collaborateur) ، وحصته فى المصنف هى
 الحصة التى يتفق عليها مع مؤلف الشطر الموسيقى . فإذا لم يكن هناك
 اتفاق ، لم يكن له النصف كما يكون له فى المصنفات المشتركة فى القاعدة
 العامة ، إذ أن الشطر الموسيقى هو الشطر الأساسى كما قدمنا . ويبدو أنه عند
 النزاع ، يقدر القاضى (المحكمة الابتدائية) حصته وحصة مؤلف الشطر
 الموسيقى . فإذا تقررت حصة مؤلف الشطر الأدبى فى المصنف ، كان له أن
 يأخذ بقدرها فى كل استغلال مالى . ويبقى بعد ذلك حقه الخاص فى الشطر
 الأدبى ، فإن هذا الشطر متميز عن الشطر الموسيقى ويمكن فصله عنه . فيكون

له وحده الحق في استغلاله ، والإذن في نشره منفصلا : بشرط ألا يضر ذلك بمجموع المصنف أو عهد من انتشاره طبقا لما قررناه من القواعد في المصنفات المشتركة . وله كذلك حق نسبة الشطر الأدبي إليه : وحتى دفع الاعتداء عنه . وهناك قيد على حقه أوردته العبارة الأخيرة من المادة ٢٩ صافية الذكر على النحو الآتي : « على أنه لا يجوز له التصرف في هذا الشطر ليكون أساسا لمصنف موسيقى آخر ، ما لم يتفق على غير ذلك » . فالـم يكن هناك اتفاق على أنه يجوز لمؤلف الشطر الأدبي أن يدفع بالكلام الذي ألفه للملحن آخر لجعله أساسا لمصنف موسيقى آخر ، فإنه لا يجوز لمؤلف الشطر الأدبي أن يفعل ذلك دون إذن من مؤلف الشطر الموسيقي ، حتى لا يضار هذا الأخير فإن تلحين الكلام مرة أخرى بواسطة موسيقى آخر يتنافس دون شك التلحين الأول . ولكن هل يجوز لمؤلف الشطر الموسيقي ، دون إذن مؤلف الشطر الأدبي ، أن يجعل أساسا لألحانه الموسيقية التي سبق له أن ألفها كلاما آخر يؤلفه هو أو يؤلفه له أى شخص آخر ؟ يبدو أنه يجوز له ذلك ، فإن الألحان الموسيقية هي الشطر الأساسي كما سبق القول ، فيكون لصاحبها أن يتخذ لها أساسا أى كلام يختاره .

١٩٩ - ٢. المهرقات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى : تنص

المادة ٣٠ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « في المصنفات التي تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى وفي الاستعراضات المصحوبة بموسيقى وفي جميع المصنفات المشابهة ، يكون لمؤلف الشطر غير الموسيقى الحق في الترخيص بالأداء العلني للمصنف المشترك كله أو بتفصيله أو بعمل نسخ منه . ويكون لمؤلف الشطر الموسيقي حق التصرف في الموسيقى وحدها ، بشرط ألا تستعمل في مصنف يشابه المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك (١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص : « وعرضت المادة ٣٠ لحكم المصنفات التي تنفذ بحركات ، وبعبارة أخرى المصنفات التي تكون وسيلتها في التعبير حركات أو خطوات وما يماثلها مصحوبة بالموسيقى . ولما كان الشطر غير الموسيقي هو الأهم هنا ، فقد نص المشروع على أن واضع هذا الشطر هو

(١) ويقابل هذا النص المادة ٣٠ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان في النص .

صاحب الحق في تقرير نشر المصنف المشترك إلى آخر ما جاء بالمادة ، مع الاحتفاظ لمؤلف الشرط الموسيقى بحق التصرف في الموسيقى وحدها ، وذلك بنفس القيد الوارد في المادة السابقة ، أى بشرط ألا تستعمل الموسيقى في مصنف مشابه للمصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك .

وبين من النص سالف الذكر أن الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى ، كالرقص والاستعراضات المسرحية وبعض الألعاب الرياضية ، لها مؤلفان : مؤلف الحركات أو الاستعراضات ومؤلف الموسيقى . ومن بين هذين الشخصين ، يعتبر مؤلف الحركات أو الاستعراضات هو المؤلف للشطر الأساسي من المصنف ، وذلك خلافا لما رأيناه في الموسيقى الغنائية من أن الموسيقى هي الشطر الأساسي . وينبئ على ذلك أن مؤلف الحركات أو الاستعراضات هو الذى يتولى استعمال حقوق المؤلف الأدبية والمالية على النحو الذى بسطناه فيما يتعلق بمصنفات الموسيقى الغنائية^(١) .

أما حقوق مؤلف الموسيقى فهى هنا أيضاً نوعان : حقه في مجموع المصنف وحقه في الموسيقى وحدها . فحقه في مجموع المصنف هو حق الشريك (cosuteur, collaborateur) ، وخصته هى الحصة التى يتفق عليها مع مؤلف الحركات أو الاستعراضات . فإن لم يكن هناك اتفاق ووقع نزاع ، حسمت المحكمة الابتدائية هذا النزاع على النحو الذى سبق أن قررناه في شأن مصنفات الموسيقى الغنائية^(٢) . أما فيما يتعلق بحقه على الموسيقى وحدها ، فذلك حق ينفرده باستغلاله واستعمال سائر حقوق المؤلف بالنسبة إليه ، بشرط ألا يضر ذلك بمجموع المصنف أو يحد من انتشاره . وله أيضاً حق نسبة الموسيقى إليه ، ودفع الاعتداء عنها . وهناك قيد على حقه مماثل القيد الذى أوردناه في شأن حق مؤلف الكلام في الموسيقى الغنائية ، وهو ألا يستعمل موسيقاه في مصنف يشابه المصنف المشترك ، إلا إذا اتفق مع مؤلف الحركات أو الاستعراضات على حقه في هذا الاستعمال .

(١) انظر أنناقرة ١٩٨ .

(٢) انظر أنناقرة ١٩٨ .

٢٠٠ - ٣ - المصنفات السينمائية والمصنفات المعرفية للإذاعة والبرسلكية

أو للتلفزيون : تنص المادة ٣١ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :

« يعتبر شريكاً في تأليف المصنف السينمائي أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيونية : (أولاً) مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج الإذاعي أو التلفزيوني . (ثانياً) من قام بتحويل المصنف الأدبي الموجود بشكل يجعله ملائماً للفن السينمائي . (ثالثاً) مؤلف الحوار . (رابعاً) واضع الموسيقى إذا قام بوضعها خصيصاً للمصنف السينمائي . (خامساً) المخرج إذا بسط رقابة فعلية وقام بعمل إيجابي من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف السينمائي . وإذا كان المصنف السينمائي أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيوني مسطلاً أو مستخرجاً من مصنف آخر سابق عليه ، يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق مشتركاً في المصنف الجديد » . وتنص المادة ٣٢ من نفس القانون على ما يأتي :

« لمؤلف السيناريو ومن قام بتحويل المصنف الأدبي ولمؤلف الحوار وللمخرج مجتمعين الحق في عرض المصنف السينمائي أو المعد للإذاعة أو التلفزيون ، رغم معارضة واضع المصنف الأدبي الأصلي أو واضع الموسيقى ، وذلك مع عدم الإخلال بحقوق المعارض المدنية على الاشتراك في التأليف ، ولمؤلف الشرط الأدبي أو الشرط الموسيقي الحق في نشر مصنفه بطريقة أخرى غير السينما أو الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون ، ما لم يتفق على غير ذلك » . وتنص المادة ٣٤ من نفس القانون على ما يأتي : « يعتبر منتجاً للمصنف السينمائي أو الإذاعي أو التلفزيوني الشخص الذي يتولى تحقيق الشرط أو يتحمل مسؤولية هذا التحقيق ، ويضع في متناول مؤلف المصنف السينمائي أو الإذاعي أو التلفزيوني الوسائل المادية والمالية الكفيلة بإنتاج المصنف وتحقيق إنجازه . ويعتبر المنتج دائماً ناشر المصنف السينمائي ، وتكون له كافة حقوق الناشر على الشرط وعلى نشره . ويكون المنتج طول مدة استغلال الشرط المتفق عليها نائباً عن مؤلف المصنف السينمائي وعن خلفهم في الاتفاق على عرض الشرط واستغلاله ، دون الإخلال بحقوق مؤلفي المصنفات الأدبية أو الموسيقية المقتبسة ، كل ذلك ما لم يتفق على خلافه ^(١) » .

(١) وجاء في الفكرة الإيضاحية في صدد هذه النصوص : « المصنفات السينمائية : عرض -

ويتبين من النصوص سالفة الذكر أن المصنفات السينمائية والمصنفات المعلقة للراديو والتلفزيون هي مصنفات مشتركة ، ساهم في صنعها أكثر من مؤلف واحد . فنبعث إذن (١) من يعتبر شريكا في تأليف المصنف السينمائي أو المصنف المعد للراديو أو للتلفزيون . (٢) حقوق المؤلف الثابتة لهؤلاء الشركاء .

٢٠١ - من يعتبر شريكا في تأليف المصنف السينمائي أو الراديو

أو التلفزيوني : تعد المادة ٣١ سالفة الذكر مئة تعتبرهم بحكم القانون شركاء ، في تأليف المصنف السينمائي أو المصنف المعد للراديو أو للتلفزيون . وإعداد المصنف السينمائي يقارب كثيرا إعداد المصنف المعد للإذاعة بالراديو أو بالتلفزيون ، ففي جميع الأحوال يكون هناك مصنف أدبي (كسرجية أو قصة أو فكرة تعد للبرنامج الإذاعي أو التلفزيوني) بعد لإذاعته عن طريق السينما أو الراديو أو التلفزيون ، وقد يكون هذا المصنف مستخرجا من مصنف أدبي آخر سابق عليه . ويبدأ الإعداد بتحويل المصنف الأدبي المراد إذاعته على نحو يجعله ملائما لأصول فن السينما أو الراديو أو التلفزيون . ثم يعد مؤلف السيناريو المناظر والفصول ويرتب الحوادث من واقع المصنف الذي يراد عرضه عن طريق السينما ، أو يكتب أحد المؤلفين الفكرة التي تراد إذاعتها عن طريق الراديو أو التلفزيون . ويضع مؤلف آخر أو نفس مؤلف السيناريو الحوار ، أي الكلام الذي يضعه على ألسنة الممثلين ، ويضع أحد الموسيقيين الألحان الموسيقية التي تستثنى مع المصنف السينمائي . وبعد إعداد ذلك كله ، يأتي

كما المشروح في المواد من ٣١ إلى ٣٤ . وقد حددت المادة ٣١ المشتركين في تأليف المصنف السينمائي ، وحفظ المشروح حق عرض المصنف السينمائي المخرج ولواضع السيناريو والمؤلف الحرار ولمن قام بتحويل المصنف الأدبي مجتمعين ، وذلك رغم مشاركة واضع المصنف الأدبي أو الأصل أو واضع المصنف للموسيقى ، مع عدم الإخلال بحقوق الممارسين . وقد أثر المشروح الفريق الأول بحق عرض المصنف السينمائي لأهمية دوره في وضع المصنف ، إذ يرجع إليه الفضل في تحقيق الفكرة الفنية في عالم السينما . أما الفريق الآخر الذي يضم واضع الموسيقى وواضع القمم الأدبي الأصل في المصنف ، فإن دوره مقصور على تحديد الخطوط الرئيسية العامة للمصنف .. ولما كان المنتج هو فنان المصنف وهو الذي يعمل عليه ومسؤوليته من الناحية المالية ، فقد اعتبره المشروح ذاتيا عن مؤلفي المصنف فيما يتعلق باستغلال الفيلم .

وتقابل هذه النصوص في المشروح الجديد المواد ٣١ و٣٢ و٣٤ : وهي مطابقة نظيراتها في المبنى وتكاد تكون مطابقة في اللفظ .

المخرج ويوزع الأدوار على الممثلين ، ويحقق في الاستوديو أو في أى مكان آخر المناظر المختلفة والمشاهد الطبيعية وغير الطبيعية والديكور اللازم لإخراج المصنف . ويقوم الممثلون كل بدوره تحت رقابة فعلية من المخرج ، ويلتقط الفوتوغرافى صور الممثلين . وهم يقومون بأدوارهم وسط المناظر والمشاهد والديكورات التى حققها المخرج . وبعد أن يتم تصوير الفيلم على هذا النحو ، يأتى مركب الفيلم (monteur) ليقوم بعملية التركيب (montage) . فيستعرض أشرطة الفيلم ليقص منها اللعيب وما كان منها طويلاً أكثر من القدر المناسب وهذه هى عملية القص (découpage) ، وبالحملة يحقق للفيلم تنسيقه وتوازنه وطوله المناسب . وبعد أن يتم إنجاز الفيلم في شكله النهائى ، تأتى عملية الترجمة أو الدوبلاج (doublage) ، فيقوم أحد المترجمين بترجمة المصنف من لغته الأصلية إلى لغة أو لغات أخرى حتى يصبح مفهومًا من أبناء هذه اللغات حين عرضه عليهم .

ونستبعد ، بعد استعراض هذه العمليات العديدة المتعاقبة ، أشخاصاً ثلاثة لا يعتبرون شركاء في التأليف : (١) المصور الفوتوغرافى ، وكان يجوز اعتباره شريكاً بمقدار ما يعترف للمصور الفوتوغرافى من حق المؤلف على الصور التى يلتقطها ، ولكن القانون هنا لا يعتبره شريكاً ، فيقتصر إذن على تقاضى أجره . (٢) مركب الفيلم (monteur) ، وهو يقوم بعمل في إعداد الفيلم لا يخلو من الابتكار ، وكان من حقه أن يكون شريكاً ، ولكن القانون لم يذكره بين الشركاء ، فيقتصر هو أيضاً على تقاضى أجره (١) . (٣) المترجم أو القائم بعملية الدوبلاج ، وهذا لا يعتبر شريكاً في المصنف ، ووضعه هو وضع المقتبس عن طريق الترجمة ، فتكون له حقوق المترجم لا حقوق الشريك . ويبقى بعد ذلك من يعتبرون شركاء في المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى وهم : (١) من قام بتحويل المصنف الأدبى . (٢) مؤلف السيناريو ، أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج الإذاعى أو التلفزيونى . (٣) مؤلف الحوار ، (٤) واضع الموسيقى . (٥) المخرج ، والمفروض أنه بسط رقابة فعلية وقام

(١) وفي فرنسا يعتبر مركب الفيلم شريكاً في المصنف السينمائى (ديورا في أنيكلويدى

دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. ؛ فقرة ١٤٢ .

يعمل إيجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف ، أما إذا اقتصر عمله على اختيار الممثلين وتوزيع أدوارهم وغير ذلك من الأعمال الروتينية فلا يعتبر شريكا . (٦) مؤلف المصنف الأصلي الذى اقتبس منه المصنف الذى أمد للإخراج ، وكان ينبغى ألا يكون هذا شريكا فى المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى ، بل إن وضعه هو وضع صاحب المصنف الأصلي الذى يقتبس منه مصنف آخر ، فيكون له حكم آخر غير حكم الشريك ، وتطبق قواعد الاشتقاق (أى الامتئذان بمقابل) لا قواعد الاشتراك . ولكن المادة ٣١ مאלفة الذكر جعلته فى الفقرة الأخيرة منها شريكا إمعانا فى توثيق صلته بالمصنف إذ قالت كما رأينا : « وإذا كان المصنف السينمائى أو المصنف المد للإذاعة اللاملكية أو التلفزيون . مهبطا أو مستخرجا من مصنف آخر سابق عليه ، يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق مشتركا فى المصنف الجديد (٧) » .

وكان الواجب أن يضاف إلى هذه القائمة الممثلون (interprètes) ، ولكن القانون لم يذكرهم ضمن الشركاء فى المصنف . ولأشك فى أن الممثلين قاموا بدور هام جدا فى إخراج المصنف ، وكان يجب اعتبارهم شركاء فيه ، فلولاهم لم يكن لوجود الفيلم السينمائى (٨) . وما داموا قد امتنعوا من أن يكونوا شركاء ، فإنهم يقتصرون على قبض أجورهم ، وقد تكون أجورا عالية . ولهم ، وبخاصة البارزون منهم ، أن يشترطوا نسبة مئوية معينة من الأرباح التى يغلها الفيلم ، ولكنهم يتقاضون هذه الأرباح لابعبارهم شركاء فى الفيلم ، بل باعتبارهم متنازلا إليهم عن هذه النسبة المئوية .

ويتولى تهيئة الوسائل المادية اللازمة لإنتاج المصنف ، ويتكفل بنفقات ذلك ، المنتج (producteur) . فهو ، على ما نقول الفقرة الأولى من المادة ٣٤ مألفة الذكر ، « الذى يتولى تحقيق الشريط أو يتحمل مسئولية هذا التحقيق ، ويضع فى متناول مؤلفى المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى الوسائل المادية والمالية الكفيلة بإنتاج المصنف وتحقيق إخراجة » .

(١) انظر فى هذا المعنى ديوا فقرة ١٩٦ - محمد عل عرلة فقرة ٣٩٤ ص ٥٥٣ - النتم فرج الصلة فقرة ٢١٢ ص ٣٠٨ .

(٢) انظر فى هذا المعنى ديوا فى أنيكلوپيى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٤١ .

ولكنه ، على هذا النحو ، لم يتم بأى عمل ابتكارى فى إخراج المصنف : ومهمته مقصورة على تقديم الوسائل المادية والمالية اللازمة لإخراج المصنف . وأهم عمل له هو تمويل المصنف وتحمل مسئولية خسارته ، فن العدل إذن أن يجنى أرباحه . ومن ثم لا يعتبر المنتج شريكا فى المصنف^(١) ، ولكن يعتبر أنه هو دائماً ناشر المصنف ، فتكون له جميع حقوق الناشر على الشريط وعلى نسخه (م ٢/٣٤ سالفه الذكر) . وسنرى أن الذى يقع عملا هو أن للشركاء فى المصنف يزولون له عن حق الاستغلال المالى فى نظرمقابل يتقاضونه منه ، فيصبح هو وحده الذى له حق استغلال الفيلم . ولكن مدة الحماية تحسب من تاريخ موت آخر من بقى حيا من هؤلاء الشركاء ، لا من تاريخ موت المنتج . ويترتب على أن يكون المنتج هو الناشر أنه يكون ، كما تقول الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ سالفه الذكر ، « طول مدة استغلال الشريط المتفق عليها نائبا عن مؤلفى المصنف السينمائى وعن خلفهم فى الاتفاق على عرض الشريط واستغلاله ، دون إخلال بحقوق مؤلفى المصنفات الأدبية أو الموسيقية المقتبسة ، كل ذلك ما لم يتفق على خلافه » .

٢٠٢ - حقوق المؤلف الثابتة للشركاء فى المصنف السينمائى أو

إبداعي أو التلفزيونى : ميزت الفقرة الأولى من المادة ٣٢ سالفه الذكر ، فى الشركاء فى المصنف ، بين فريقين . الفريق الأول هم من قام بوضع المصنف الأدبى أو قام بتحويله ، ومؤلف السيناريو ، ومؤلف الحوار ، والمخرج ، وللأعمال التى قام بها هؤلاء فى وضع المصنف - كما تقول المذكرة الإيضاحية - أهمية خاصة ، إذ يرجع إليهم الفضل فى تحقيق الفكرة الفنية ، والفريق الآخر هم واضع المصنف الأدبى الأصلى الذى اقتبس منه المصنف المحور ، وواضع الموسيقى . وهذان - كما تقول المذكرة الإيضاحية أيضاً - دورهما مقصور على تحديد الخطوط الرئيسية العامة للمصنف . لذلك قضت المادة ٣٢ بأن يكون لأفراد الفريق الأول وحده ، مجتمعين ، الحق فى عرض المصنف السينمائى أو الإذاعى

(١) وفى فرنسا أيضاً لا يعتبر للمنتج شريكا فى المصنف السينمائى (ديبرا فى أنيسكلويد

دافور ، لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٢٥) .

أو التلفزيوني ، ولو عارض في ذلك أفراد الفريق الثاني ، وذلك مع علم
ولإخلال بحقوق المعارض في نصيبه في استغلال المصنف وغير ذلك من الحقوق ،
أفراد الفريق الأول شركاء لا يمكن فصل نصيب كل منهم عن أنصبة
الآخرين (فيما عدا مؤلف المصنف المحور) ، ومن ثم يجب اتفاقهم جميعاً على
استعمال حقوق المؤلف على النحو الذي بسلطانه في المصنفات المشتركة التي
لا يمكن فصل الأنصبة فيها^(١) . فإذا لم يتيسر الاتفاق ، حسمت المحكمة الابتدائية
الزراع . وتحديد حصة كل منهم في المصنف المشترك يكون بحسب الاتفاق ،
والذي يقع أن المنتج يتولى هذا التحديد في اتفاقه معهم على الزول له عن حق
الاستغلال المالي . أما الفريق الآخر ، فمؤلف المصنف الأصلي وواضع الموسيقى
شريكان في مصنف مشترك يمكن فصل نصيب كل منهما فيه ، وكذلك من بين
أفراد الفريق الأول نفرد مؤلف المصنف المحور فهذا أيضاً نصيبه في المصنف
المشترك يمكن فصله عن أنصبة الباقين . فيشارك هؤلاء أولاً في المصنف المشترك
بالحصص التي يتفق عليها ، ثم ينفرد كل منهم باستغلال مصنفه — المصنف الأصلي
والمصنف المحور والموسيقى — بطريقة أخرى غير السينما أو الإذاعة اللاسلكية
أو التلفزيون ، ما لم يشترط عليهم ألا حق لهم في هذا الاستغلال (م ٢/٣٢)
سابقة الذكر ، وشأنهم في ذلك شأن الشركاء في مصنف مشترك يمكن فيه
فصل نصيب كل منهم عن أنصبة الآخرين^(٢) .

وفيما يتعلق بحق الاستغلال المالي بوجه خاص ، يقع عادة ، كما قلنا ،
أن يتفق كل هؤلاء الشركاء مع المنتج على الزول له عن هذا الحق في نظير
مقابل يعطيه لكل منهم ، وقد يتفق بعض منهم معه على نسبة مئوية من الأرباح
يتقاضاها . وهذا الاتفاق بين الشركاء والمنتج هو الذي يحدد حصة كل شريك
في المصنف المشترك ، بحسب ما يتقاضاه من المقابل . ومن ثم يكون المنتج
هو الناشر للمصنف المشترك كما قلنا ، ويكون له حق الاستغلال المالي ،
لا باعتباره شريكاً في المصنف ، بل باعتباره متنازلاً له عن حق الاستغلال ،
وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

(١) انظر آفا فقرة ١٩٦ .

(٢) انظر آفا فقرة ١٩٦ .

أما الحق الأدبي على المصنف المشترك فيبقى للشركاء ، ولكن يرد عليه قيود ثلاثة :

(القيود الأول) الأصل أن كل شريك في تأليف المصنف له الحق في أن يطلب احترام ما قام به من عمل ، فلا تمتد إليه يد التغيير أو المسخ ، وله أن يعترض إذا وقع شيء من ذلك . غير أن أصول الفن ، وبخاصة الفن السينمائي ، لها مقتضيات . فتحويل رواية أو قصة أو مسرحية إلى فيلم سينمائي يقتضي تحويراً كبيراً يجب أن يراعيه كل شريك يساهم في عمل الفيلم ، وهناك فروق فنية كثيرة بين أصول الفن المسرحي وأصول الفن السينمائي . والمفروض أن كل شريك قد رضى مقلداً بأن يحور العمل الفني الذي قام به تحويراً يجعله ملائماً للاندماج في مجموع العمل الفني ، على النحو الذي تتطلبه أصول الفن السينمائي . وهذا قيد مفروض على الحق الأدبي لكل شريك في العمل عمله دون إذنه ، وحلود هذا القيد هي كما قلنا ما تقتضيه أصول الفن والقدر المتعارف بين أهل المهنة . وليس هذا القيد إلا توفيقاً بين مبدأين متعارضين ، فمن جهة لا يجوز أن يخضع الشريك لخض تقدير المنتج فيغير هذا في عمله كما يشاء ، ومن جهة أخرى لا يجوز للشريك أن يعطل بمحض تقديره هو لإنجاز العمل الفني المشترك ويجب عليه أن يقبل من التحوير في عمله ما تقتضيه الأصول الفنية المتعارف عليها^(١) . أما بعد إتمام عمل الفيلم نهائياً ، فإنه يجب احترام الحق الأدبي للشريك احتراماً تاماً ، فلا يجوز إدخال أى تعديل على عمله أو أى تحوير فيها أداه ، وشأن المنتج مع الشركاء في ذلك هو شأن الناشر مع المؤلفين . ومن ثم لا يجوز للمنتج ولا لصاحب صالة العرض أن يقص من الشريط ما يقدر أنه غير مناسب لأذواق الجماهير أو أنه أطول مما يجب ، دون إذن من الشريك الذي وقع مساس بعمله من جراء هذا التصرف . ولكن لا يجوز لأي شريك أن يعارض في تقديم الفيلم للمسابقة بدعوى أن الحكم في المسابقة لا يوثق به ، مادامت المسابقة جدية ، وما دام الفيلم قد عرض في المسابقة دون أى تغيير أو تحوير^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى ديويًا في أنسيكلوبيدي دالوز ؛ لنظ Prop. Lit. et Art.

فقرة ٣٨٤ - فقرة ٣٨٥ .

(٢) ديويًا في أنسيكلوبيدي دالوز ؛ لنظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٩٢

ولفقرة ٣٩٤ .

(التقييد الثاني) تنص المادة ٣٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :

« إذا امتنع أحد المشتركين في تأليف مصنف سينمائي أو مصنف معد للإذاعة أو التلفزيون عن القيام بإتمام ما يخصه من العمل ، فلا يترتب على ذلك منع باقي المشتركين من استعمال الجزء الذي أنجزه ، وذلك مع عدم الإخلال بما للممتنع من حقوق مرتبة على اشتراكه في التأليف^(١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية في خصوص هذا النص : « وقد جاءت المادة ٣٣ بحكم تقتضيه أهمية المصنفات السينمائية وما يتفق في سبيلها من نفقات باهظة ، قد تذهب هباء لجرود هنت أحد المشتركين في تأليف المصنف السينمائي عن إتمام ما يخصه من العمل ، فلا يترتب على ذلك منع باقي المشتركين من استعمال الجزء الذي تم ، مع عدم الإخلال بما لمؤلف هذا الجزء من حقوق » . ونرى من ذلك أن هناك قيماً ثانياً على الحق الأدبي للشريك ، فإن هذا الحق يقتضي في الأصل أن يكون للمؤلف حرية تقرير نشر مصنفه ، فإن اختار عدم نشره لم يجز نشره بالرغم من إرادته . وهنا نرى أن أحد الشركاء في المصنف لم يتم العمل الذي وكل إليه ، كأن كان موسيقياً ووضع للموسيقى لبعض مناظر الفيلم دون الباقي ، وكان مؤلف السيناريو وضع السيناريو لبعض أقسام المسرحية دون الأقسام الأخرى . والقواعد العامة تقضي ، في مثل هذه الأحوال ، أن يكون من اشترك في عمل الفيلم ولم ينجز عمله خطأ منه مسئولاً إما مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية ، وعليه أن يدفع تعويضاً عن الضرر الذي أحدثه . ولكن هل يجوز له ، بدعوى استعمال حقه الأدبي ، أن يعارض في استعمال الجزء الذي أنجزه ؟ بقر النص سالف الذكر ألا حق له في المعارضة ، وعليه أن يسمح باستعمال الجزء الذي أنجزه في نظير مقابل يتقاضاه مناسب لهذا الجزء ، وإلا كان مسئلاً لاستعمال حقه الأدبي . ذلك أن العمل يكلف عادة نفقات باهظة ، فلا يجوز أن يعارض الشريك في استعمال الجزء الذي أنجزه ، فيضيع على المنتج نفقات قد تكون باهظة دون جدوى ، ودون أن يوجد عند الشريك مبرر لذلك . فيأخذ المنتج إذن الجزء الذي تم — الموسيقى التي تم وضعها أو السيناريو الذي سبق عمله — ويكملها بواسطة شركاء آخرين يقومون بإتمام العمل الناقص .

(١) يطابق هذا النص المادة ٣٣ في المشروع الجديد .

والقيّد الموضوع على الحق الأدنى هنا ، وهو إجبار الشريك على السماح باستعمال الجزء الذى أنجزه ، إنما هو مجرد تطبيق لمبدأ التعسف فى استعمال الحق ، إذ المفروض أنه لا يوجد لدى الشريك مبرر فى المعارضة فى استعمال هذا الجزء ، وليس فى المعارضة إلا إلحاق الأذى بالمنتج . ويلاحظ أن استعمال الجزء الذى أنجز هو واجب على الشريك لا حق له ، فإذا رأى المنتج أن هذا الجزء لا فائدة فيه فله ألا يستعمله ولا يستطيع الشريك أن يجبره على ذلك ، بل يكون هذا الشريك مسئولاً عن التعويض على النحو الذى أسلفناه .

(القيد الثالث) تنص المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى :

« للهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية الحق فى إذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر ، وعلى مديري هذه الأمكنة تمكين هذه الهيئات من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الإذاعة . وعلى هذه الهيئات إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ، ودفع تعويض عادل للمؤلف أو خلفه والمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف إذا كان للملك مقتض » (١) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذا النص : « وقد أباح المشروع للهيئات الرسمية المختصة إذاعة المصنفات عن طريق الإذاعة اللاسلكية ، وأوجب على مديري المسارح أو أى مكان عام آخر تعرض فيه للمصنفات تمكين هذه الهيئات من اتخاذ الوسائل التى تكفل إذاعتها . وليس المقصود من هذا النص إنكار حقوق التأليف ، بل تغليب الصالح العام ورعاية جانب الثقافة العامة . فقد حفظ للمؤلف حقه فى تعويض عادل نظير إذاعة مصنفاته بهذه الوسيلة ، كما أوجب النص على الهيئات الرسمية إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف وتعويض مستغل المكان الذى يذاع منه المصنف إذا كان للملك مقتض » . والقيّد هنا وإرد على الحق الأدنى للمؤلف فى ألا ينشر مصنفه إلا إذا أراد ذلك وفى المكان الذى يريده ، ووارد أيضاً على الحق المالى للمؤلف أو الناشر من عدم جواز نشر المصنف إلا بعد استئذان المؤلف أو الناشر . ويرر وضع هذا التبريد المصلحة العامة ، فقد تقتضى هذه المصلحة ، لأغراض التثقيف أو غيرها من أغراض فنية ، إذاعة مصنف — فيلم سينمائي أو مسرحية

(١) يطابق هذا النص المادة ٣٥ فى المشروع الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع الجديد

قد أضاف لفظ « التثقيف » .

أو أغنية أو غير ذلك من المصنفات — على الجمهور في الإذاعة اللاسلكية . وقد يتمتع المؤلف أو الناشر عن السماح بذلك ، إما تحت أو شططا منه في تقدير الأجر الذي يطلب تقاضيه . فالمصلحة العامة هنا تتغلب على المصلحة الخاصة للمؤلف أو الناشر ، وتبيح للهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية أن تذيب المصنف دون إذن من المؤلف أو الناشر أو بالرغم من معارضتهما . ويجب على مديري الأمكنة العامة التي يعرض فيها المصنف — مديري المسارح وأصحاب صالات عرض الأفلام السينمائية ونحوهم — أن يمكنوا الهيئات الرسمية من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الإذاعة . وتوفيقا بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمؤلف أو الناشر ، يفرض القانون على الهيئات الرسمية عند استعمالها هذا الحق الاستثنائي التزامين : (١) دفع تعويض عادل ، يقدره القاضي عند الاختلاف ، للمؤلف أو خلفه أو الناشر والمستغل المكان الذي يذاع منه المصنف ، إذا كان لذلك مقتض ولم يؤول المصنف إلى الملك العام . (٢) إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ، وفي ذلك مراعاة لحق المؤلف الأدبي من وجوب نسبة مصنفه إليه .

٢٠٣ — ٤ . الصور والنزير تمثلهم هذه الصور : وقد قلنا (١) أنه لا يوجد هنا مصنف مشترك ، ولكن يوجد شخص غير المؤلف ثبت له على المصنف حقوق معينة . تنص المادة ٣٦ من قانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد على ما يأتي : « لا يحق لمن قام بعمل صورة أن يعرض أو ينشر أو يوزع أصل الصورة أو نسخا منها دون إذن الأشخاص الذين قام بتصويرهم ، ما لم يتفق على غير ذلك . ولا يسرى هذا الحكم إذا كان نشر الصورة قد تم بمناسبة حوادث وقعت علنا ، أو كانت تتعلق برجال رسميين أو أشخاص يتمتعون بشهرة عامة ، أو سمحت بها السلطات العامة خذمة للصالح العام . ومع ذلك لا يجوز في الحالة السابقة عرض صورة أو تداولها ، إذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذي تمثله أو بسمعته أو بوقاره . وللشخص الذي تمثله الصورة أن يأذن بنشرها في الصحف والمجلات وغيرها من النشرات المماثلة ، حتى ولو لم يسمح بذلك المصور ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك .

وتسرى هذه الأحكام على الصور أيا كانت الطريقة التي عملت بها ، من رسم أو حفر أو وسيلة أخرى^(١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية في خصوص هذا النص : « عرضت المادة ٣٦ لبيان الحكم في حالة النزاع بين من قام بعمل الصورة والشخص الذى تمثله هذه الصورة بشأن عرض أو نشر أو توزيع أصل الصورة أو نسخ منها ، فقضت بأن صاحب الصورة هو وحده دون المصور صاحب الحق فى الإذن بنشرها فى الصحف والمجلات وغيرها ، وأن صاحب الصورة له الحق فى الإذن بالنشر حتى ولو لم يأذن بذلك المصور ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك . كما علق حق المصور فى عرض ونشر وتوزيع الصورة أو نسخ منها على إذن الأشخاص الذين تمثلهم الصورة . واستثنت من هذا الحكم حالة نشر الصورة لمناسبة حوادث وقعت علانية ، أو إذا كانت لرجال رسميين أو ذوى شهرة عامة ، وكذلك إذا كانت السلطات العامة قد أذنت بنشر الصورة لغرض اقتضاء الصالح العام . على أنه لا يجوز فى هذه الأحوال عرض الصورة أو تداولها ، إذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذى تمثله أو بسمعته أو بوقاره . وسوت الفقرة الأخيرة من هذه المادة فى الحكم بين جميع الصور مهما اختلفت وسائلها ، من رسم أو حفر أو نحت أو غيرها » .

والأصل أن المصور له حق المؤلف على الصورة التى عملها ، سواء كان عمل الصورة عن طريق الفوتوغرافيا أو التصوير أو الرسم أو النحت (تمثال م) أو الحفر أو غير ذلك من الوسائل ، وقد تقدم بيان ذلك^(٢) . ومقتضى أن له حق المؤلف أن يكون هو وحده الذى يحق له عرض الصورة أو نشرها أو توزيعها ، أصلاً ونسخاً . ولكن يقيد من هذا الحق ، إذا كانت الصورة لإنسان ، أن الصورة تمثل شخصاً قد تكون عنده أسباب وجبة فى عدم نشر الصورة ، وهذه الأسباب متروكة لحض تقديره . لذلك لا يجوز للمصور أن ينشر الصورة أو نسخاً منها دون ترخيص من صاحب الصورة ، إما باتفاق سابق أو إذن لاحق^(٣) . على أنه يجوز للمصور أن ينشر الصورة دون ترخيص

(١) يطابق هذا النص المادة ٣٦ فى المشروع الجديد .

(٢) انظر أيضاً فقرة ١٧٨ - فقرة ١٨٢ .

(٣) ويفرض فى المجلات (النساء العربيات) الذين يمثلون التصوير ويتفاوضون أجراً على -

من صاحبها ، إذا كان النشر قد تم بمناسبة حوادث وقعت علنا كما إذا نشر صاحب الجريدة أو المجلة صورة محاضر في مناسبة أنه ألقى محاضرة علنية . أو كانت الصورة تتعلق برجال رسميين ، كما إذا نشرت صورة رئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو أحد الوزراء أو أحد رجال البرلمان أو غيرهم من الرجال الرسميين في الصحف والمجلات في مناسبة حادث وقع لم أو عمل صدر منهم أو في مناسبة خطبتها الصحفي بنفسه . أو كانت الصورة تتعلق بأشخاص يتمتعون بشهرة عامة ، كما إذا نشرت الصحف والمجلات صورة عالم مشهور في مناسبة اختراع كذنه أو كتاب نشره . أو سمحت بنشر الصورة السلطات العامة خلية للصالح العام ، كما إذا نشرت الصحف بإذن من السلطات العامة صورة متهم مختف يطلب البحث عنه والقبض عليه . ويلاحظ أنه ، فيما عدا الفرض الأخير ، حيث تغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، لا يجوز نشر الصورة بغير إذن صاحبها إذا ترتب على النشر مساس بشرف الشخص الذي تمثله أو بسمعته أو بوقاره ، كما إذا نشرت الصحف خبر جريمة وقعت على العرض أو السمعة أو الوقار ونشرت في الوقت ذاته صورة الشخص الذي وقعت عليه الجريمة .

أما صاحب الصورة نفسه فله أن يأذن في نشرها في الصحف والمجلات وغيرها من النشرات الماثلة ، حتى لو عارض المصور في ذلك بحجة أنه هو وحده صاحب الحق في النشر . ذلك أن هناك حقين على الصورة ، حق المصور (أى المؤلف) وحق صاحب الصورة . والحق الأخير يتغلب على الحق الأول ، ولذلك لا يجوز للمصور في الأصل أن ينشر الصورة دون إذن صاحبها ، ويجوز لصاحب الصورة أن ينشرها دون إذن المصور . ومع ذلك يجوز للمصور أن يتفق مع صاحب الصورة على أنه لا يجوز نشر الصورة إلا بإذن من المصور ، أو على أنه يجوز لأى منهما نشر الصورة دون إذن الآخر .

— ذلك ، أنهم أذنوا مقدما في نشر صورهم (ديبوا في أنسكلوبيدى دارلر ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. ققرة ٢١١ - ققرة ٢١٤) .

الفرع الثاني

حقوق المؤلف وطرق حمايتها

المبحث الأول

حقوق المؤلف

٢٠٤ - الحق المالي والحق الأدبي : تنص المادة ٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه ، وفي تعيين طريقة هذا النشر . وله وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابي سابق منه أو عن يخطئه^(١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « لم يمن المشروع كما سبق القول بتعريف الطبيعة القانونية لحق المؤلف ، إلا أنه لم يغفل استظهار حق المؤلف الأدبي وحقه المادي على مصنفه . فبين أن للمؤلف دون سواه الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تحديد طريقة هذا النشر ... وحق المؤلف المادي أو المالي هو حقه في استغلال مصنفاته على أية صورة من صور الاستغلال » . . . وجاء في صدر المذكرة الإيضاحية أيضاً ما يأتي : « ثم إن حق المؤلف يتناول ناحية أدبية محضة ، تخول للمؤلف وحده حق تقرير نشر مصنفه على الجمهور ونسبته إلى نفسه وصحبه من التداول والزام الغير باحترام مصنفه فلا يجوز لغيره أن يجري فيه بالإضافة أو الحذف أو التحوير ، وذلك كله رغم الزول عن المصنف ، وهذا ما يعبر عنه بالحق الأدبي (droit moral) ، كما أن حق المؤلف يتناول أيضاً ناحية مادية إذا ما قرر المؤلف نشر مصنفه يجعل هذا الحق يسلخ في ذمته المالية ، وهو ما يعبر عنه بالحق المادي (droit pécuniaire) . لذلك قال البعض بأن للمؤلف حقين منفصلين مستقلين كلا منهما عن الآخر ، وتلك هي نظرية الأزواج (système dualiste) . وقد لاقت هذه النظرية نجاحاً ، لأنها تبلى وسيلة لتفسير المظاهر

(١) يطابق هذا النص المادة ٥ في المشروع الجديد .

المشككة لحق المؤلف . وقال البعض الآخرون حق المؤلف لا يمكن أن يتقمع ، كما أنه لا يخل في قِمة المادية ، لأن مصدر الإيراد في استغلال المصنف هو المصنف ذاته ، وهو مظهر شخصية المؤلف لا يتفصل عنها . وليس هذا الإيراد إلا كمثل أرباح السهم تدخل في قِمة المؤلف المالية ، إلا أن حقه على الأرباح هو حقه على المصنف ذاته ، وتلك هي نظرية الوحدة (système unitaire) . ولما كانت نظرية الوحدة تربط حق المؤلف بشخصيته ، وتنزع عن هذا الحق صفة الاحتكار المادى وتقلب ناحيته الأدبية ، فإن الأخذ بهذه النظرية يفيد جبهة المؤلفين ، ويضحي بمصلحة المتعاملين معهم وأحياناً بمصلحة الجماعة ، إذ يصبح من المتعذر إخضاع مثل هذا الحق وقد امتزج بشخصية صاحبه لاستيلاء الدولة مثلاً . وقد روي في المشروع المطروح لهذه الاعتبارات عدم التقييد بنظرية معينة ، وعدم إيراد نص لتعريف طبيعة حق المؤلف القانونية ، على أن يترك ذلك لاجتهاد القضاء ورجال الفقه ، وخاصة وإن مثل هذه النظريات تخضع لتطور دائم متصل بتطور الجماعة الإنسانية ذاتها ، فحيث تطلو النظرية الفردية أو تقتر أو تتخذ الإنسانية مبادئ مغايرة في تأسيس نظمها الاجتماعية وتنظيم علاقة الفرد بالجمتمع وتقدير أثر كل منهما على الآخر ، يميل المشروع أو يصدف عن مشايعة نظرية دون أخرى . ومع ذلك فقد عني المشروع بإيراد حق المؤلف في صوره المعنوية والأدبية وكذلك في صوره للمادية ، مراعيًا في كل ذلك اعتبارين أساسيين لا يمكن إغفالهما ، وهما حماية النشاط الفكري للإنسان وتأمين مصلحة الدولة .

ونرى مما تقدم أن هناك مذهبين فقهيين ، مذهب وحدة حق المؤلف ومذهب ازدواج هذا الحق .

أما أنصار مذهب وحدة حق المؤلف ، فيقولون إن الحق الأدبي والحق المالى للمؤلف ليسا حقين مستقلين أحدهما عن الآخر ، بل هما جانبان مختلفان من حق واحد . فليس للمؤلف إلا حق واحد على مصنفه ، هو الحق المستمد من صنعه إياه . وهذا الحق الواحد له جانب أدبي (moral) وجانب مالى (pécuniaire, patrimonial) ، وكل من الجانبين يؤثر في الجانب الآخر ويتأثر به . وليس هذا الحق الواحد هو من حقوق الشخصية المحضة ، إذ هو منفصل عن شخص المؤلف ، ولا يظهر إلا حيث يتجسد في شكل

معين من كتابة أو كلام أو رسم أو لحن أو غير ذلك ، فينفصل عن شخص مؤلفه وبعد النشر . فالمصنف إذن له ذاتية منفصلة عن ذاتية المؤلف ، وحق المؤلف عمله هو هذا المصنف ذاته وليس ذاتية المؤلف . ولهذا الحق وجهان . فهو تارة تكون له قيمة مالية عند نشر المصنف ، فيكون للمؤلف وحده حق استغلاله والتعاقد مع أحد الناشرين على هذا الاستغلال أو استغلاله مباشرة بنفسه . وعند ذلك يصبح حق المؤلف حقوقاً مالية ، ويصبح هذا الحق مع قيامه على عمل غير مادي ذا قيمة مادية (droit pécuniaire, patrimonial) . وهو طوراً يمثل حقاً على المصنف الذى هو نتاج فكر المؤلف ، فيكون للمؤلف حق دفع الاعتداء عن نتاج فكره ، بل إن له حق تعديله وحق محبه ، وعندئذ يصبح الحق حقاً أدبياً (droit moral) . فتنهى حق المؤلف إلى أن يكون حقاً غير مادي وإن كان له جانب مالى ، نظيره فى ذلك حق ولاية الأب ، فإن هذا الحق أيضاً غير مادي وله جانب مالى هو حق الأب فى الانتفاع بمال ولده^(١) . والصحيح أن مذهب ازدواج حق المؤلف هو المذهب الذى يتلاءم مع طبيعة الحق وتكييفه القانونى . فالقول بأن حق المؤلف حق واحد له جانبان فيه إغفال للحقيقة واضحة ، هى أن هذين الجانبين يختلفان أحدهما عن الآخر اختلافاً جوهرياً فى طبيعة كل منهما وفى الأحكام التى تسرى على كل جانب . فالجانب المالى من حق المؤلف هو حق مستقل قائم بذاته ، له طبيعته الخاصة . فهو ، كما قدمنا^(٢) ، حق عيني أصلي ، وهو مال متقول . أما الجانب الأدبي من حق المؤلف ، فهو ليس بحق عيني ، وليس بمال أصلاً . بل هو حق من حقوق الشخصية ، مثله فى ذلك مثل حق الأبوة ، وكما أن الأب له حق الأبوة على ابنه ، كذلك المؤلف له حق الأبوة على مصنفه . ثم إن الحق المالى للمؤلف يختلف عن حقه الأدبي فى الأحكام التى تسرى على كل من الحقين . فالحق المالى يجوز التزول عنه ، وهو حق مؤقت ينقضى بعد مدة معينة من موت

(١) انظر من هذا الرأى پلانيول وريبير وبولانيه ١ بقرة ٣٤٧٦ - Nast فى تعليقه

على حكم محكمة باريس فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ فالورز الأسبوعى ١٩٣٨ - ١٨٦

عهد الملم فرج الصدة بقرة ٢١٤ ص ٣١٢ - ص ٣١٣ .

(٢) انظر آنفا بقرة ١٦٦ .

المؤلف . أما الحق الأدنى فعلى التقيض من ذلك حق لا يجوز النزول عنه به وهو حق دائم ينتقل بالميراث ويبقى حتى بعد انقضاء مدة الحماية التي منحها القانون للحق المالى . فقيم إذن القول بأن هذين الحقين اللذين يختلفان إلى هذا الحد ، فى الطبيعة وفى الأحكام ، ليسا إلا جانبين لحق واحد ! وإذا كان لا بد من التشبيه بحقوق مناظرة ، فالحق المناظر لحق المؤلف ليس هو حق ولاية الأب كما يقول أنصار الوحدة ، بل هو حق الأبوة ، فقد قدمنا أن للمؤلف حق أبوة على مصنفه ، والمصنف فى وضع بناظر تماما وضع الولد من أبيه . وكما أن حق الأبوة هو من الحقوق المتعلقة بالشخصية ويقترن به حق مادى يستقل عنه هو حق الإرث وحق النفقة ، كذلك الحق الأدنى للمؤلف هو من حقوق الشخصية ويقترن به حق مادى يستقل عنه هو حق الاستغلال المادى .

فنحن إذن ، للاعتبارات التى قلتمناها ، من أنصار مذهب ازدواج واستقلال الحق المالى عن الحق الأدنى^(١) . ولما كان الحق المالى للمؤلف هو الحق البارز فى التعامل ، فنبدأ به . وهو حق يدوم طول حياة المؤلف ، ثم ينتقل إلى ورثته من بعده فيبقى فى ذمتهم المالية مدة أخرى حددها القانون . فعالج إذن مسائل ثلاثا : (١) الحق المالى فى أثناء حياة المؤلف . (٢) الحق المالى بعد موت المؤلف . (٣) الحق الأدنى للمؤلف .

الطلب الأول

الحق المالى فى أثناء حياة المؤلف

٢٠٥ - نطاق الحق المالى وجواز التصرف فيه : قلتمنا^(٢) أن المادة.

(١) انظر من هذا الرأى : نقض فرنسى ١٦ أغسطس سنة ١٨٨٠ ميره ٨١ - ١ - ١٥ مع تعليق ليون كان - ٢٥ يونيو سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٥ مع تعليق كولان - ١٤ مايو سنة ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٥ - ٢٨٥ مع تعليق ديبرا - ديبرا فى أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٥١ .

وانظر من هذا الرأى فى الفقه المصرى : شفيق شحاتة فقرة ١٦٢ - فقرة ١٦٣ - محمد حل عرفة فقرة ٣٧٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٩٠ (والمدخل للقانون الخاص فقرة ٢٦٦) - حسن كبرى فى أصول القانون فقرة ٢٥٦ ص ٦٤٩ وقرة ٢٥٩ - إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٥٨ وص ٧٣ - منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٧٦ . (٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٤ .

٢/٥ من قانون حماية حق المؤلف تقضي بأن للمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابي سابق منه أو ممن يخلفه^(١) . وتنص المادة ٦ من نفس القانون على ما يأتي : « يتضمن حق المؤلف في الاستغلال : (أولاً) نقل المصنف إلى الجمهور مباشرة بأية صورة ، وخاصة بإحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقي أو التمثيل المسرحي أو العرض العلني أو الإذاعة اللاسلكية للكلام أو الصوت أو الصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحري أو السينما ، أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعها في مكان عام . (ثانياً) نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون في متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب في قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المحسنة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي^(٢) . » وتقضي المادة ٣٧ من نفس القانون ، كما سنرى ، بأن للمؤلف أن ينقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المتضمنة الذكر .

ويبين من ذلك أن نطاق الحق المالي للمؤلف يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر بنسخ صور منه ونشرها وهذا هو الغالب ، كما يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر بالأداء العلني . وللمؤلف

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حق استغلال المصنف ماليا هو المؤلف وحده ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو من يخلفه . والمؤلف وحده أن ينقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له كلها أو بعضها ، وأن يحدد في هذه الحالة مدة استغلال الغير لما تلقاه عنه من هذه الحقوق . ومتفق على ذلك أن المؤلف حر في أن يعيز لمن يشاء نشر مؤلفه وأن يمنعه من يشاء ، وفي أن يسكت على الاعتداء على حقه إذا وقع من شخص ، ولا يسكت عليه إذا تكرر من نفس الممتنع أو وقع من غيره ، وذلك دون أن يعتبر سكوته في المرة الأولى مانعاً له من مباشرة حقه في دفع الاعتداء في المرة الثانية مادام هذا الحق قائماً ولما يقتض (نقض مدني ٧ يولي سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ ص ٦٠٢) .

(٢) يطابق هذا النص المادة ٦ في المشروع الجديد ، مطابقة تامة في المعنى ومطابقة تكاد تكون تامة في اللفظ .

أن يتصرف في حقه المالى للغير ، ويكون ذلك عادة عن طريق عقد النشر .
فهناك مسائل ثلاث : (١) النشر أو نسخ نماذج أو صور للمصنف
(النقل غير المباشر للجمهور) . (٢) الأداء العلنى (النقل المباشر للجمهور) .
(٣) تصرف المؤلف في حقه المالى .

§ ١- النشر أو نسخ نماذج أو صور للمصنف (النقل غير المباشر للجمهور)

٢٠٦- مضمون حق النشر : للمؤلف حق نشر مصنفه ، بنفسه أو
بواسطة غيره ، وذلك عن طريق نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير
مباشر . ويكون ذلك بنسخ نماذج أو صور للمصنف تكون في متناول الجمهور ،
فيجوز لأي فرد أن يحصل على نسخة من المصنف ، بمقابل كما هي العادة
أو بغير مقابل كما يقع أحيانا . ولا يجوز لغير المؤلف ، دون إذن كتابى من
المؤلف - ويعطى الإذن عادة عن طريق عقد النشر - أن ينشر المصنف على
هذا النحو .

وللنشر ، على الوجه الذى بسطناه ، وسائل مختلفة . وتتصل به رخص
والإباحات لا تدخل في مضمونه ، ومن ثم يجوز للغير ، ولو بدون إذن المؤلف
ومن غير مقابل ، مباشرة هذه الرخص والإباحات . ويمتد حق النشر ،
ليس فحسب إلى نسخ صور من المصنف مطابقة للأصل ، بل أيضاً إلى
الاشتقاق من المصنف عن طريق الشرح والتعليق والتحويل والتحويل والترجمة
وغير ذلك من طرق الاشتقاق .

فهناك مسائل ثلاث تتعلق بحق النشر : (١) الوسائل المختلفة للنشر .
(٢) الرخص والإباحات التى لا تدخل في مضمون حق النشر . (٣) مشتقات
المصنف الأصلى التى تدخل في مضمون حق النشر .

٢٠٧- الوسائل المختلفة للنشر : تقول المادة ٦ (ثانياً) سالفه الذكر
بأن النشر يكون بنقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور
منه تكون في متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة
والرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو الصب في قوالب أو بأية طريقة

أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المحسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي^(١) . وواضح من العبارات المتقدمة أن الوسائل التي وردت في النص ليست مذكورة على سبيل الحصر ، بل هي على سبيل التمثيل .

وأول وسيلة للنشر وردت في النص هي طريق الطباعة . ذلك أن الطباعة هي الطريق العادي للنشر في المصنفات الأدبية والعلمية ، بل إن اختراع المطبعة هو الذي هباً لحق المؤلف في الظهور كما سبق القول^(٢) . فبالطباعة يمكن إعداد عدد كبير من النسخ ، يصل إلى الألوف بل إلى مئات الألوف ، للمصنف الأدبي أو العلمي . ويستطيع المؤلف ، عن طريق بيع هذه النسخ للجُمهور بنفسه أو بواسطة غيره (كناشر) ، أن يحصل على مبلغ من المال يمثل حقه المالي في استغلال مصنفه . وإعداد نسخ من المصنف لا يشترط فيه حتماً حتى يكون خاضعاً لحق النشر أن يكون بطريق المطبعة ، بل يجوز أن يكون بطرق أخرى ، كالنسخ باليد والنسخ بالآلة الكاتبة ، والنسخ بطريق التصوير الفوتوغرافي والميكروفيلم ، والنسخ بطريق الاختزال (sténographie) ، والنسخ بطريقة Braille لكفوف النظر .

وإعداد نسخ من المصنفات الفنية ، كالصور والتماثيل والرسوم والزخارف ، يكون عادة بالطرق الأخرى التي وردت في النص ، وهي الرسم والحفر والتصوير الفوتوغرافي والميكروفيلم والصب في قوالب وأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المحسمة .

يتى طريقان ذكرهما النص ، وهما النشر السينمائي والنشر الفوتوغرافي . وهذان الطريقان يصلحان لنشر المصنفات المسرحية والروايات والقصص بعد تحويلها إلى مسرحيات فيما يتعلق بالنشر السينمائي ولنشر المصنفات الموسيقية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد : « وحق المؤلف المادي أو المال هو حقه في استغلال مصنفاته على أية صورة من صور الاستغلال ، ويتم هذا الاستغلال عن طريق نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر أو غير مباشر ... أما النقل غير المباشر ، فيتم عن طريق نسخ المصنف بواسطة الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير أو الصب في قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المحسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي . ويسمى حق النقل غير المباشر حق عمل تماثيل من المصنف » .

(٢) انظر ألفا فقرة ١٦٧ .

والمسرحيات الغنائية فيما يتعلق بالنشر الفوتوغرافي . وتسجيل الصوت في الاسطوانات الفوتوغرافية هو بمثابة طبع نسخ من المصنف ، فيعتبر من قبيل النشر عن طريق نسخ صور من المصنف أى من قبيل نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر ، لا من قبيل الأداء العلني وهو نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر . ومثل التسجيل في الاسطوانات الفوتوغرافية التقاط المناظر في الأفلام السينمائية ، سواء كانت الأفلام صامتة أو ناطقة ، فكل الطريقتين هو من قبيل نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر .

يضاف إلى الطرق المتقدمة طريق لم يرد ذكره في القانون بين طرق نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر ، وهذا الطريق هو طريق التسجيل اللاسلكي (enregistrement radiophonique) والتلفزيوني . وقد ذكر القانون ، كما رأينا ، الإذاعة اللاسلكية بين طرق الأداء العلني المباشر ، ولكنه لم يذكر التسجيل اللاسلكي والتلفزيوني بين طرق النقل إلى الجمهور بطريق غير مباشر .

وبلاحظ أخيراً أنه يمكن القول بأن من حصل على نسخة من مصنف ، سواء حصل عليها من المؤلف أو من الناشر ، بمقابل أو بغير مقابل ، من غير أن تنتقل إليه حقوق النشر ، لا يجوز له استعمال هذه النسخة إلا لمنفعته الشخصية ولمنفعة من يأود به من ذويه . فله أن يقرأ نسخة الكتاب التي اشتراها وأن يشاهد الفيلم الذي استأجره وأن يسمع الأسطوانة التي حصل عليها ، وله أن يعير الكتاب أو الفيلم أو الأسطوانة لبعض أصدقائه ، وأن يبيعها فيكون للمشتري نفس الحقوق التي للبايع . ولكن ليس له أن يباشر على النسخة حقوق المؤلف أو الناشر لأن هذه الحقوق لم تنتقل إليه كما قلنا ، فليس له أن يذيع الأسطوانة على الجمهور بطريق الأداء العلني^(١) ، ولا أن يعرض الفيلم على الجمهور في صالة من صالات العرض^(٢) .

(١) استأثفت مخطوط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ .

(٢) ولكن هذا الحكم غُتِلَ فيه ، فهناك من يرى أنه حتى يحق للمؤلف أن يمنح مشتري الأسطوانة مثلاً من إذاعتها على الجمهور ، يجب عليه أن يحمل الناشر - أي بائع الأسطوانة - يشترط ذلك صراحة على المشتري لمصلحة المؤلف ، فتجربى أحكام الاشتراط لمصلحة الناشر . أما أن يكون المؤلف هذا الحق دون اشتراط ، فهذا يقتضى أن يكون المؤلف حق لم ينص عليه القانون ، =

٢٠٨ — الرخص والإباحات التي تدخل في مفهومه النشر : وقد أورد قانون حماية حق المؤلف سلسلة من الرخص والإباحات لا تتدخل في مضمون حق النشر ، فتجوز مباشرتها دون إذن المؤلف ودون مقابل ، ونعرض لها على الترتيب الآتي : (أولا) النقل للاستعمال الشخصي . (ثانيا) النشر على سبيل الإخبار . (ثالثا) النقل لتأييد ما هو منشور أو للمناقشة والنقد^(١) .

٢٠٩ — أورد — النقل لاستعمال شخصي : تنص المادة ١٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « إذا قام شخص بعمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره ، وذلك لاستعماله الشخصي ، فلا يجوز للمؤلف أن يمنعه من ذلك »^(٢) . والمفروض هنا أن شخصا استعار مثلا نسخة من مصنف أدبي أو علمي أو فني أو موسيقي ، ولما كان لا يريد أو لا يستطيع الحصول على هذه النسخة ملكا له ، فقد لجأ إلى نسخ صورة منها بأية طريقة من طرق النسخ — خط اليد أو الآلة الكتابة أو الفوتوغرافيا أو التسجيل بالنسبة إلى الاسطوانات والأفلام أو غير ذلك — دون أن يقصد نشر ما نسخه إذ ليس له حق النشر دون إذن المؤلف . وإنما قصد استعمال النسخة التي نقلها استعمالا شخصيا ، فتحل محل النسخة التي استعارها بعد أن يرد هذه لصاحبها . وهذه رخصة أباحها القانون ينص صريح كما نرى ، إذ الناقل هنا لم يعتمد على حق النشر الثابت للمؤلف فهو لا يقصد نشر النسخة التي نقلها على الجمهور كما قدمنا ، وإنما قصد أن يقصر هذه النسخة على استعماله الشخصي . وهو بعمله هذا لم يضع على المؤلف أو الناشر إلا ثمن نسخة واحدة ، وهذه خسارة هينة إلى جنب ما للهيئة الاجتماعية من حق « في تيسير سبل الثقافة والتزود من مخازن العقل البشري ، فلا تحول

« وحقوق المؤلف محصورة فيما نص عليه القانون (انظر في هذه المسألة ديورا في أنكسليويدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. نقده ١٩٣ ، ديورا فقرة ٤٣٢ وما بعدها) .

(١) وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد : « جاء المشروع بقود على حق المؤلف عليها الصالح العام ، لأن الهيئة الاجتماعية حقا في تيسير سبل الثقافة والتزود من مخازن العقل البشري » فلا تحول دون بلوغ هذه أنانية حقوق مطلقة للمؤلفين ، ذلك لأن الأجيال الإنسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار في تكوين المؤلفات » .

(٢) يطابق النص المادة ١٢ في المشروع الجديد ، مطابقة تامة للمنى ، ويكاد يكاد يطابق له في اللفظ .

دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين ، ذلك لأن الأجيال الإنسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار في تكوين المؤلفات» (المذكرة الإيضاحية) . ويلاحظ أنه بالنسبة إلى المصنفات الفنية يكون مفهوم الاستعمال الشخصي أضيق منه في المصنفات الأدبية والعلمية والموسيقية ، فغير مسموح دون إذن المؤلف أن ينقل الشخص نسخة من صورة أو تمثال إلا لغرض الدرس والبحث الفني . أما إذا كان النسخ لغرض الحصول على نسخة من المصنف الفني للاستمتاع بها والاستحواد عليها كمصنف فني يستعصم به عن الأصل الذي نقل عنه ، فهذا لا يجوز^(١) .

وتنص المادة ١١ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع إيقاعه أو تمثيله أو إلقاءه في اجتماع عائلي أو في جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، مادام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مالى . وللموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى الحق في إيقاع المصنفات من غير أن تازم بدفع أى مقابل عن حق المؤلف ، مادام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مالى »^(٢) . وظاهر أن استعمال المصنف في اجتماعات خاصة كالتي أشار إليها النص . أو في الفرق الموسيقية التابعة للأشخاص العامة ، هو من قبيل الاستعمال الشخصي ، مع شيء من التوسع في مفهوم هذا الاستعمال . فلا يستطيع المؤلف

(١) ديورا في أنسيكلوبيدي دالورز ، لفظ Prop. Lit. et Art. قمره ١٨٤ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في هذا الصدد : « ومن القيود الواردة على حق المؤلف ما نصت عليه المادة ١١ فقرة أولى من حق الغير في إيقاع المصنفات أو تمثيلها أو إلقاءها في اجتماعات خاصة ، كالاجتماعات العائلية واجتماعات الجمعيات أو المنتديات أو المدارس ، دون تعويض للمؤلف . وكذلك ما نصت عليه المادة المذكورة في فقرتها الثانية من حق فرق موسيقى القوات العسكرية ولما في حكمها من الفرق التثايفية التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى في إيقاع المصنفات الموسيقية ، دون تعويض للمؤلف أيضاً ، مادام لا يحصل في الحالين رسم أو مقابل مالى من جمهور المستمعين » .

ويقابل النص المادة ١١ في المشروع الجديد . والنصان متطابقان في المعنى ، ويكادان يكونان متطابقين في اللفظ . وذلك فيما عدا أن المشروع الجديد استثنى صراحة من فرق الموسيقى الرضمية « فرق الإذاعة اللاسلكية والتلفزيون » فهذه لما حكم خاص نصت عليه المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف فيما قدمناه (انظر آنفاً فقرة ٢٠٢ . وانظر كذلك المادة ٣٥ من المشروع الجديد) .

إذن ، بعد أن ينشر مصنفه ، أن يمنع من إيقاعه إذا كان مصنفًا موسيقيًا ، أو من تمثيله إذا كان مصنفًا مسرحيًا ، أو من إلقاءه إذا كان مصنفًا أدبيًا شعرًا كان أو نثرًا ، إذا كان ذلك يقع في اجتماعات خاصة لا يتقاضى فيها رسم أو مقابل ، وذلك كالأجتماعات العائلية أو الجمعيات الأدبية أو الرياضية أو النوادي الخاصة أو الحفلات المدرسية . ذلك أن هذه الاجتماعات الخاصة تخضع في العادة الآداب والفنون والموسيقى ، ولا يتقاضى أجرًا عن خدماها ، فوجب تشجيعها بمنحها الحق في أداء مصنف قد سبق نشره ، وذلك عن طريق الأداء العلني بالإقناع أو التمثيل أو الإلقاء . ويلاحظ أن الرخصة هنا تتناول الأداء العلني دون النشر^(١) .

ويلحق بالأجتماعات الخاصة ، وإن كان في هذا أيضًا شيء من التوسع ، للفرق الموسيقية التابعة للقوات المسلحة ، والتابعة للدولة بوجه عام وللأشخاص العامة الأخرى كالبلديات . فهذه الفرق الموسيقية ، دون إذن المؤلف أو الناشر ودون مقابل ، إيقاع المصنفات الموسيقية المنشورة بشرط ألا يتقاضى رسمًا أو مقابلًا عن ذلك . ويستثنى من هذه الفرق الموسيقية الهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية والتلفزيونية ، فهذه هيئات تخترف فيما تخترف إذاعة الموسيقى . ولذلك وجب أن تدفع أجرًا للمؤلف أو الناشر عما تبذره منها ، وأن تحصل على الإذن في الإذاعة . ولكن فيما يتعلق بالمصنفات التي توقع أو تعرض في المسارح أو في أى مكان عام آخر ، قلنا أن المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف تجعل الحق لهذه الهيئات في إذاعة هذه المصنفات ، ولو بغير موافقة المؤلف أو الناشر ، بشرط أن تدفع تعويضاً عادلاً للمؤلف أو الناشر ومستقل

(١) وقد قضت محكمة النقض بالألا تلام بين صفة المكان وصفة الاجتماع من حيث الخصوصية والعمومية ، إذ قد يقام حفل عام في مكان خاص ، كما قد يحصل العكس فيؤجر مكان عام لعقد اجتماع خاص . وإذا كان ماسحله الحكم المطعون فيه من أن الناشر كان يعلم عن سفلاته بنشرات عديدة في الصحف اليومية ، ويذكر فيها أن الدخول مباح مقابل مبلغ يحدده كرم دخول ، فإن هذه الوقائع تضمن على الحفلات صفة الاستغلال التجاري وتنتجى به عن صفة الخصوصية . إذ بشرط إضفاء هذا الوصف على الحفلات التي تحييها الجمعيات والمنشآت الخاصة أن يقتصر المصور فيها على الأعضاء ومدعوهم من تربطهم بهم صلة وثيقة ، وأن تفرض رقابة على الدخول ، وأن تتجرد هذه الحفلات من قصد الكسب المادي مما يقتضى عدم تحصيل رسم أو مقابل مالى نظير مشاهدتها (نقض ملى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٣٦ من ٢٢٧) .

المكان الذى يناع منه المصنف ، وبشرط أن تنيع اسم المؤلف وعنوان المصنف ، وقد سبق تفصيل القول فى ذلك (١) .

٢١٠ - ثانياً - النشر على سبيل الإخبار : تنص المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يجوز ، دون إذن المؤلف ، أن ينشر ويذاع ، على سبيل الإخبار ، الخطب والمحاضرات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية للهيئات التشريعية والإدارية والاجتماعات العلمية والأدبية الفنية والسياسية والاجتماعية والدينية ، ما دامت هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث موجهة إلى العامة . ويجوز أيضاً ، دون إذن منه ، نشر ما يلقى من مرافعات قضائية علنية فى حدود القانون » . وهنا يكون النشر عادة عن طريق الصحف والمجلات والنشرات الدورية والإذاعة اللاسلكية والتلفزيون ، وما إلى ذلك من طرق النشر المختلفة . وظاهر أن النشر إنما هو على سبيل الإخبار ، فالقصد أن يطلع الجمهور على خطب ومحاضرات وأحاديث ألقى علناً ، وهى تتم بالجمهور لأنها ألقى فى هيئات تشريعية أو إدارية أو فى اجتماعات أدبية أو اجتماعية أو فنية أو دينية أو سياسية . والصحافة ووسائل الإعلام الأخرى لا تقوم بمهمتها كاملة إذا هى أغفلت نشر هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث . ومن ثم يجب أن تمكن من ذلك ، بأن يباح لها النشر ، دون حاجة إلى إذن من ألقوا هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث ، ودون أن يتقاضى هؤلاء أى مقابل على ذلك ، وبموجبهم أن النشر يساعد على انتشار أفكارهم بين الجمهور . ويسرى هذا الحكم ، وللاعتبارات نفسها ، على المرافعات القضائية العلنية ، ما دام نشرها لا يخالف القانون .

(١) انظر أنفاً فقرة ٢٠٢ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « وأجراً فقد أجازت المادة ١٥ نشر وإذاعة ما يلقى فى الجلسات العلنية للهيئات التشريعية أو الإدارية أو فى الاجتماعات العلمية ، والأدبية والفنية والسياسية والدينية ، من خطب أو محاضرات أو أحاديث ، ما دامت موجهة إلى الكافة ، وكذلك المرافعات القضائية العلنية فى حدود القانون ، وذلك كله دون إذن من المؤلف » .

وبقابل النص فى المشروع الجديد المادة ١٥ . والنصان متطابقان تطابقاً تاماً فى المعنى ، ومتطابقاً يكاد يكون تاماً فى اللفظ .

وتنص المادة ١٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « لا يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل المقالات العلمية أو الأدبية أو الفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التي تنشر في الصحف والدوريات الأخرى ، دون موافقة مؤلفيها . ولكن يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنشر مقتبسة أو مختصرة أو بيانا موجزا عن المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص . بغير إذن من مؤلفيها ، وبغير انقضاء المدة المنصوص عليها بالمادة الثامنة من هذا القانون . ويجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الدينية التي تشغل الرأي العام في وقت معين ، ما دام لم يرد في الصحيفة ما يحظر النقل صراحة . ولا تشمل الحماية المقررة في هذا القانون الأخبار اليومية والحوادث المختلفة التي لها طبيعة الأخبار العادية . ويجب دائما ، في حالة النقل أو نشر اقتباس أو غيره مما ذكر بالفقرات السابقة ، ذكر المصدر بصفة واضحة واسم المؤلف إن كان قد وقع مؤلفه » (١) . ويؤخذ من هذا النص أن هناك أشياء لا يجوز للصحيفة نقلها عن صحيفة أخرى إلا بإذن المؤلف ، وأشياء يجوز نقلها دون حاجة لإذن المؤلف . أما الأشياء التي لا يجوز نقلها إلا بإذن المؤلف ، فهي المقالات العلمية أو الأدبية أو الفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة . ذلك أن هذه الأشياء لا تحمل طابع الخبر اليومي وليست مما يشغل

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « ومن هذه القيود أيضاً حق المبررات أو المجلات أو النشرات الدورية في نقل المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الأدبية التي تشغل الرأي العام في وقت معين ، مادام لم ينص صراحة على حظر النقل (م ٣/١٤) . ومن الطبيعي ألا تشمل الحماية أيضاً الأخبار اليومية والحوادث المختلفة التي لها طبيعة الأخبار العادية (م ٤/١٤) ... ولم ينفذ المشروع في كافة هذه الصور رعاية الحق الأدبي للمؤلف ، فأرجع ذكر اسمه والمصدر الذي ينقل منه على صورة واضحة ، كما حفظ المؤلف حقه الخاص في نشر مجموعاته خطبه أو مقالاته (م ١٦) . وقد حرص المشروع ، رعاية لحق المؤلف ، على أن ينص على عدم جواز نقل المقالات العلمية أو الأدبية أو الفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التي تنشر في الصحف والنشرات الدورية الأخرى دون إذن المؤلف (م ١/١٤) » .

ويؤاخذ بالنص في المشروع الجديد المادة ١٤ . والتساؤل متطابقان في المعنى ويكادان يتطابقان في اللفظ ، إلا أن المشروع الجديد قدم للفقرة الأخيرة من المادة ١٤ على الفقرة السابقة لها ، فبذلك يذكر المصدر واسم المؤلف غير واجب في نقل الأخبار اليومية والحوادث التي لها طبيعة لأخبار العادية .

الرأى العام في وقت معين ، ويغلب أن تكون الصحيفة التي نشرتها قد دفعت للمؤلف مقابلها ، فلا يجوز لصحيفة أخرى أن تنقلها عنها دون استئذان ودون مقابل . وأما الأشياء التي يجوز نقلها دون إذن ودون مقابل ، فهي ما يأتي : (١) الأخبار اليومية والحوادث التي لها طبيعة الأخبار العادية ، فوله أخبار تفقد أهميتها بمجرد نشرها في أول صحيفة ، فإذا نقلتها صحيفة أخرى وذكرت المصدر الذي نقلت عنه ، لم يكن في هذا ضرر يصيب الصحيفة الأولى ، بل فيه تنويه بشأنها^(١) . (٢) المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الدينية التي تشغل الرأى العام في وقت معين ، ما لم يرد في الصحيفة ما يحظر النقل صراحة . ذلك أن هذه المقالات تشغل الرأى العام ، فيهم الجمهور أن تنشر على أوسع نطاق حتى يطلع عليها . فإذا نقلتها صحيفة من أخرى وذكرت المصدر الذي نقلت عنه ، فلا ضرر على الصحيفة الأخرى ، لا سيما أن القانون أعطى الصحيفة الأخرى الحق في أن تحظر النقل صراحة إذا رأت ذلك فيمتنع عن ذلك النقل . (٣) مقتبسات أو بيانات موجزة من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص ، سواء كانت منشورة في صحف أو نشرات دورية أو كانت منشورة على حدة مستقلة بذاتها ، فهذه مجرد مقتبسات موجزة لا تغني عن قراءة الأصل ، بل هي تحجز على قراءة الأصل إذ تعرف الجمهور بهذه المصنفات فتروج ويقع نطاق نشرها . ويسرى هذا الحكم أيضاً على المصنفات الأجنبية ، إذا اقتبست الصحيفة منها بياناً موجزاً باللغة العربية ،

(١) قارن محمد علي حرفة فقرة ٣٨٧- وانظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٠٢- شفيق شحاته فقرة ١٦٦ ويقول : « وكذلك الأخبار والمعلومات العادية التي تنشرها الصحف لا تدخل في حداد المؤلفات التي يحسبها القانون ، فإنه لا يوجد هنا ابتكار أو خلق ، ولذلك تستطيع الجرائد الأخرى نقل هذه الأخبار بلا أدنى حرج » . ولكن يلاحظ بالنسبة إلى البرقيات التي يبعث بها مراسلو الصحيفة في عواصم البلاد أنه لا يجوز للصحف الأخرى نقلها إلا إذا مضى على نشرها فترة من الزمن بحيث تعتبر هذه البرقيات بعدها من المعلومات الشائعة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز لصحيفة مسائية أن تنشر البرقيات التي تلقتها صحيفة صباحية صدرت قبل الصحيفة المسائية . أما إذا نقلت جريدة صباحية عن جريدة مسائية صدرت قبلها في اليوم السابق ، فإن الفترة التي تفصل بين صدور الجريدتين لا تعتبر كافية للذبح الخبر . والفترة يجب أن تكون أطول من ذلك إذا كانت الصحيفة التي تنقل الخبر تصدر بلفة آخر غير اللفة التي نشر بها الخبر لأول مرة (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٣٦٤ من ١٩٢٧) .

حتى لو لم تمض مدة الخمس السنوات التي يترجم في خلالها المصنف إلى اللغة العربية طبقاً للمادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما سئرى . وفي هذه الصور الثلاث التي قدمناها والتي يجوز فيها النقل دون إذن المؤلف ، رأينا أن الحق الأدبي للمؤلف بقي مرعياً ، إذ يجب عند النقل ذكر اسم المؤلف والمصدر الذي ينقل عنه على وجه واضح .

وتنص المادة ١٦ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين (م ١٤ وم ١٥) ، يكون للمؤلف وحده الحق في نشر مجموعات خطبه أو مقالاته »^(١) . وقد رأينا أن المادتين ١٤ و ١٥ المشار إليهما تبيحان : بشروط معينة ، نقل الخطب والمحاضرات والأحاديث والأخبار والمقالات والمقتبسات . وهذه الإباحة لا تعني بطبيعة الحال أن تنشر الصحيفة مجموعات خطب المؤلف أو مقالاته ، فهنا النشر من حق المؤلف وحده ، ليس فحسب بالنسبة إلى الصحيفة التي نقلت الخطب والمقالات من صحيفة أخرى ، بل أيضاً بالنسبة إلى هذه الصحيفة الأخرى نفسها .

٣١١ - ثانياً - النقل لتأثير ما هو منشور أو للمناقشة والنقد : في هذه الحالة الثالثة يختلف الغرض من النشر عنه في الحالتين السابقتين . ففي الأولى كان النشر يستهدف استعمال المصنف استعمالاً شخصياً أو استعمالاً في اجتماعات خاصة ، فكان المقصود بالنشر هو المصنف ذاته بغرض استعماله . وفي الحالة الثانية كان النشر يستهدف إعلام الناس بالمصنف ، فكان المقصود بالنشر هنا أيضاً هو المصنف ذاته بغرض الإخبار عنه . أما في الحالة الثالثة التي نحن بصدددها ، فالمقصود بالنشر ليس هو المصنف ذاته لاستعماله أو للإخبار عنه . بل المقصود هو تقييم المصنف ، فإذا كان الناقل مقرأً بطل قيمته احتج به لتأييد ما ينشره هو من قوله ، وإذا كان المصنف محلاً للمناقشة فقد نه الناقل لإظهار مزاياه وعيوبه . .

في صورة الاجتماع بالمصنف لتأييد ما ينشره الناقل من قوله ، تنص

(١) يقابل هذا النص في الشروح الجديد المادة ١٦ . والنصان متطابقان معني ، ويكادان

المادة ١٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « في الكتب الدراسية وفي كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون بياح : (١) نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التي سبق نشرها . (ب) نقل المصنفات التي سبق نشرها في الفنون التخطيطية أو المحسمة أو الفوتوغرافية ، بشرط أن يقصر النقل على ما يلزم لتوضيح المكتوب . ويجب في جميع الأحوال أن يذكر بوضوح المصادر المنقول عنها وأسماء المؤلفين^(١) . وأول ما يرد على البال من الكتب التي تنقل عن غيرها لتأييد ما ورد فيها هي الكتب المدرسية . فكثيراً ما يستمد واضعو هذه الكتب ما يكتبونه من المصنفات التي سبق نشرها في الموضوعات التي تعرض لها هذه الكتب . ولا يجوز لناقل أن يورد مقتبسات طويلة من مصنف سبق نشره ، ولكن يجوز له ، تأييداً لما يذهب إليه فيما يكتبه ، نقل مقتطفات قصيرة يدمجها ما يقول ، وذلك دون حاجة إلى الحصول على إذن المؤلف أو دفع مقابل له . وهذا هو الشأن أيضاً في غير الكتب المدرسية من كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون والموسيقى وغير ذلك من ألوان المعرفة ، فيجوز في كل هذا ، دون حاجة إلى إذن المؤلف ودون مقابل ، نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التي سبق نشرها على الوجه الذي بيناه . وفيما يتعلق بالمصنفات الفنية التي سبق نشرها ، يقع الاقتباس عادة بنقل جزء من المصنف ذاته ، رسماً تخطيطياً كان أو رسماً مجسماً أو رسماً فوتوغرافياً ، ويشترط أن يقتصر النقل على ما هو ضروري لتوضيح مقصد الناقل أن يوضحه مستنداً في ذلك إلى المصنف المنقول عنه^(٢) . ولما كان المؤلف المنقول عنه في الأحوال التي ذكرناها لا حاجة إلى استئذانه في النقل ولا يتقاضى مقابلًا كما قدمنا ، فلا أقل

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « كما أبحاث المادة ١٧ نقل مقتطفات قصيرة من بعض المصنفات إلى الكتب المعدة للتعليم ومؤلفات النقد والتاريخ والمصنفات العلمية ، على أن يلتزم حد الاعتدال فيما ينقل » .
ويقابل النص في المشروع الجديد المادة ١٧ . والنصان متطابقان معاً ، ويكادان يتطابقان لفظاً .

(٢) ديوا في أنسيكلوبيدي دالوز : لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٩٧ -
وفيما يتعلق بفن الممار يجوز ، دون إذن ، رسم أو تصوير المشيدات العامة القائمة في الطرق العامة على مشهد من الجمهور .

من رعاية حق الأدبي ، ولذلك أوجب النص أن يذكر الناقل في وضوح
هند النقل المصدر الذي نقل عنه واسم المؤلف .

وفي صورة مناقشة المصنف ونقله ، تنص المادة ١٣ من قانون حماية حق
المؤلف على ما يأتي : « لا يجوز للمؤلف ، بعد نشر المصنف ، حظر
التحليلات والاقتباسات القصيرة ، إذا قصد بها النقد أو المناقشة أو الإخبار ،
ما دامت تشير إلى المصنف واسم المؤلف إن كان معروفاً » (١) . وهنا يقتصر
الناقل على تحليلات أو اقتباسات قصيرة من مصنف سبق نشره ، ويكون
القصد من النقل هو تقييم المصنف عن طريق مناقشته ونقده وإظهار مزاياه
وعيوبه . وقد يكون القصد أيضاً الإخبار عن المصنف أو التثقيف ، ولكن
هذا قد ورد فيما قلناه (٢) . ومن أجل ذلك ، وتيسيراً للنقد الأدبي والعلمي
وهو ضروري لتوثيق الثقافة ودعمها على أسس مستقرة ، أجاز الناقد ،
توضيحاً لنقده ، أن ينقل عن المصنف اقتباسات قصيرة بالقدر الذي يقتضيه
التوضيح ، وذلك دون حاجة إلى استئذان المؤلف ودون مقابل . وبديهي أن
الناقد ، وهو ينقل هذه الاقتباسات القصيرة ، سيشير حتماً إلى المصنف المنقول
عنه وإلى اسم المؤلف ، مادام المصنف ومؤلفه هما موضوع النقد .

٢١٢ — مقتضات المصنف الأصلي التي ترغل في مفهوم حق النشر :

تنص المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « للمؤلف
وحده إدخال ما يرى من التعديل أو التحويل على مصنفه . وله وحده الحق
في ترجمته إلى لغة أخرى . ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك ، أو أن
يباشر صورة أخرى من الصور المنصوص عليها في المادة الثالثة : إلا بإذن
كتابي منه أو بمن يخلفه » . وتنص المادة ٨ من نفس القانون على ما يأتي :
« تنهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة
ذلك المصنف إلى اللغة العربية ، إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه

(١) يقابل هذا النص في المشروع الجديد المادة ١٣ . واثنين متطابقين معنى ، ويكادان
يطابقان لفظاً .

(٢) انظر م ٢/١٤ وانظر آتفا فقرة ٢١٠ . وانظر م ١٥ من قانون حماية حق المؤلف
وقد سبق شرحها في الفقرة نفسها .

أو بواسطة غيره في مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو الترجمة^(١).

وقد قلنا^(٢) أن هناك مصنفات مشتقة من المصنف الأصلي بحسب القانون كما يحسب المصنف الأصلي . ولكن القانون في الوقت ذاته يحسب المصنف الأصلي من هذه المصنفات المشتقة إذا قام بعملها مؤلف آخر غير مؤلف المصنف الأصلي . ذلك أن اشتقاق مصنف من المصنف الأصلي هو من حق مؤلف المصنف الأصلي وحده ، ولا يجوز لغيره القيام به دون إذن كتابي منه . وصور الاشتقاق المذكورة في المادتين ٣ و ٤ من قانون حماية حق المؤلف ، وقد سبق تفصيل ذلك^(٣) . وتقتصر هنا على أن نذكر أن أهم صور الاشتقاق هي جمع مختارات من المصنف الأصلي متميزة بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب أو أي مجهود شخصي^(٤) ، وإعادة إظهار المصنف الأصلي مع

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في غبوس المادة ٨ ما يأتي : « فقد نصت المادة الثامنة على انتهاء الحماية المقررة للمؤلف ولن ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية بالنسبة لحقهما في ترجمة المصنف إلى اللغة العربية ، إذا مضت خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو الترجمة دون أن يباشر المؤلف أو المترجم بنسخهما أو بواسطة غيرها ترجمة المصنف إلى اللغة العربية . وفي هذا القيد التزمى تعليق لصالح المصنف على المصلحة الفردية للمؤلف ، وحتى يمكن دفع هذا المؤلف وحده على مباشرة هذه الترجمة في أقرب وقت معقول رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار التفكير الإنساني في نطف الأمم المختلفة الأخرى لمدة طويلة » .

ويقابل المادتان ٧ و ٨ من قانون حماية حق المؤلف المادتين ٧ و ٨ في المشروع الجديد ، ولا خلاف بين هذه النصوص في المعنى ، وإن وقع الخلاف في اللفظ . فقد جرت المادة ٧ من المشروع الجديد على الوجه الآتي : « للمؤلف إدخال ما يرى من التصديل أو التصوير على مصنفه ، وله ولن يختلف أن يسهل إلى غيره بأن يباشر ذلك أو أية صورة من الصور للنصوص عليها في المادة ٣ . ويضع بالاعتماد كل قيد على حقه في التصديل أو التصوير » . وجرت المادة ٨ من المشروع الجديد على الوجه الآتي : « للمؤلف الحق في ترجمة مصنفه إلى لغة أخرى ، ولا يجوز لغيره أن يباشر ذلك إلا بإذن كتابي منه أو من يختلف . ومع ذلك إذا كان المصنف موضوعا بلغة أجنبية ، فتنتهي حتما حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة هذا المصنف إلى اللغة العربية . بعض خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم دون أن يباشر المؤلف أو المترجم خلاله حقه في الترجمة إلى اللغة العربية » .

(٢) انظر أيضا فقرة ١٧٣ وما بعدها .

(٣) انظر أيضا فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٧ .

(٤) انظر أيضا فقرة ١٧٤ في آخرها .

شرحه أو التعليق عليه أو بعد مراجعته وتنقيحه^(١) ، وتلخيص المصنف الأصلي أو تحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر كتحويل الرواية أو القصة إلى مسرحية أو تحويل المسرحية إلى فيلم سينمائي^(٢) ، وترجمة المصنف من لغة الأصلية إلى لغة أخرى^(٣) .

فجميع هذه الصور من الاشتقاق هي من حق مؤلف المصنف الأصلي وحده كما قدمنا . وإذا أقدم عليها أحد غيره ، وجب على هذا أن يحصل على إذن كتابي من مؤلف المصنف الأصلي . ويقع ذلك عادة في صورة اتفاق قريب من عقد النشر ، وفي نظير مقابل يتقاضاه المؤلف الأصلي . فإذا ما أصبح حق الاشتقاق ثابتا لشخص غير المؤلف الأصلي على النحو الذي ذكرناه ، فإن هذا الشخص بعد أن يقوم بوضع المصنف المشتق ، من مختارات أو شرح أو تعليق أو مراجعة أو تنقيح أو تلخيص أو تحويل أو ترجمة ، يكون له على هذا المصنف المشتق حقوق المؤلف بدوره ، فلا يجوز لأحد نقله أو الاشتقاق منه دون أن يستأذنه هو وصاحب المصنف الأصلي معاً ، وقد تقدم بيان ذلك^(٤) . ولما كانت ترجمة المصنف الأصلي هي اشتقاق من هذا المصنف كما قلنا ، فإن الاشتقاق من هذا الاشتقاق ، أي ترجمة الترجمة ، يخضع هو أيضاً لإذن مؤلف المصنف الأصلي .

ونقف قليلاً عند ترجمة المصنف الأصلي لأهميتها ، وللترجمة نوع من أنواع الاشتقاق يحمي منها القانون ثم يحميها كما سبق القول . والذي يعني هنا هو حماية المصنف الأصلي من الترجمة ، فنقتصر على هذا الجانب . فإذا وضع مصنف باللغة العربية ، لم يجوز لأحد ترجمته إلى لغة أجنبية دون إذن المؤلف طوال مدة الحماية . وكذلك إذا وضع مصنف بلغة أجنبية ، لم يجوز لأحد ترجمته إلى لغة أجنبية أخرى دون إذن المؤلف طوال مدة الحماية . أما ترجمته إلى اللغة العربية ، ففيه تفصيل . وترجمة المصنف الأصلي إلى اللغة العربية يكون إما بترجمته مباشرة وهو في لغة الأصلية إلى اللغة العربية ، أو بترجمته بطريق غير

(١) انظر آتفا فقرة ١٧٥ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٧٦ .

(٣) انظر آتفا فقرة ١٧٧ .

(٤) انظر آتفا فقرة ١٧٤-١٧٧ .

مباشر إذا كان المصنف الأصلي قد ترجم إلى لغة أجنبية أخرى ، فيعتمد المترجم العربي إلى ترجمة هذه الترجمة . ويقع ذلك عادة إذا كان المترجم العربي لا يعرف اللغة الأجنبية الأصلية التي كتب بها المصنف الأصلي ، ويعرف اللغة الأجنبية الأخرى التي ترجم إليها المصنف . وفي الحالتين يحى القانون المصنف الأصلي من الترجمة : يحى مؤلف المصنف الأصلي كما يحى من ترجم هذا المصنف الأصلي إلى لغة أجنبية أخرى . ولكن هذه الحماية لا تقوم طوال مدتها المقررة في القانون إلا بعد استيفاء شرط هام ، هو أن يقوم المؤلف أو المترجم ، أو شخص آخر بأذنان . له في ذلك : بترجمة المصنف إلى اللغة العربية في مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم (م ٨ من قانون حماية حق المؤلف وقد سبق ذكرها) . فعلى صاحب المصنف الأصلي ، وكذلك على مترجم المصنف الأصلي إلى لغة أجنبية أخرى ، إذا أراد أى منهما أن يحى مصنفه أو يغمى ترجمته من الترجمة إلى اللغة العربية ، أن يقوم هو ، أو يقوم أحد غيره باتفاق معه ، بترجمة المصنف أو ترجمة الترجمة إلى اللغة العربية في خلال المدة القصيرة التي سبق ذكرها (خمس سنوات) . فإذا فعل ذلك ، لم يجوز لأحد أن يعيد ترجمة المصنف ، أو ترجمة الترجمة ، إلى اللغة العربية مرة أخرى إلا بعد استئذان كل من المؤلف الأصلي ومترجم المصنف إلى لغة أجنبية طوال مدة الحماية القانونية . . وهي خمسون سنة من وقت موت أى من المؤلف الأصلي والمترجم . ولا حاجة لاستئذان المترجم العربي الأول ، لأن ترجمته العربية لم تكن محل اعتبار المترجم العربي . التالى له إلا إذا كان هذا قد انتحلها أو انتحل الكثير منها . أما إذا بقى المصنف الأصلي ، وكذلك ترجمته إلى اللغة الأجنبية الأخرى ، دون ترجمة إلى اللغة العربية مدة خمس السنوات السابق ذكرها ، فقد قدمنا أن ترجمة المصنف أو ترجمة ترجمته إلى اللغة العربية تصبح مباحة لأي مترجم عربي ، دون حاجة لاستئذان أحد ، ودون أى مقابل . وقد قصد بهذه الأحكام تبسيط ترجمة المصنفات الأجنبية إلى اللغة العربية ، بل وحفز أصحاب هذه المصنفات الأجنبية إلى المبادرة إلى ترجمتها إلى اللغة العربية حتى تحى حماية كاملة . فكثير من المصنفات الأجنبية يحتاج إليها القارئ العربي الذى لا يعرف لغة المصنف الأجنبية كما تحتاج المكتبة العربية بوجه عام إلى التزود من ثمار العقل البشرى في الأمم المختلفة . وعلى هذا النحو تغلب المشرع المصرى

على مشكلة ترجمة المصنفات الأجنبية : وهي المشكلة التي وقفت عقبة مدة طويلة تحول دون صدور قانون حماية حق المؤلف^(١) :

§ ٢ - الأداء العلني

(النقل المباشر للجمهور)

٢١٣ - **ما هو الأداء العلني** : قدمنا أن نطاق الحق المالي للمؤلف . كما يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر بعمل نماذج أونسخ من المصنف ونشرها ، يتناول أيضاً نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر بالأداء العلني . وقد رأينا^(٢) أن المادة ٦ من قانون حماية حق المؤلف تنص على أن « يتضمن حق المؤلف في الاستغلال : (أولاً) نقل المصنف إلى الجمهور مباشرة بأية صورة ، وخاصة بإحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقي أو التمثيل المسرحي أو العرض العلني أو الإذاعة اللاسلكية للكلام أو الصوت أو الصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحري أو السينما ، أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر للصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعهما في مكان عام - (ثانياً) ... » . فنقل المصنف نقلاً مباشراً إلى الجمهور عن طريق الأداء العلني من حق المؤلف وحده ، ولا يجوز لأجد غيره مباشرة بغير إذن كتابي (م ٢/٥ من قانون حماية حق المؤلف) : وفي نظير مقابل بتقاضاه المؤلف من الغير أو بغير مقابل . ويستوى في ذلك أن يكون الأداء العلني ذاته بمقابل بتقاضاه الغير من الجمهور ، أو بغير مقابل . فنبحث إذن في الأداء العلني وسائل الأداء وتقف قليلاً عند الأداء بطريق الراديو والتلفزيون ، والأداء بطريق السينما والفونوغراف^(٣) . ثم نبحث علنية الأداء ، وعباية الأداء بالنسبة إلى الجمهور :

٢١٤ - وسائل الأداء : هذه الوسائل المذكورة ، كما رأينا ، على سبيل

(١) انظر فيما تقدم ما سبق بيانه آنفاً بقرة ١٧٧ .

(٢) انظر آنفاً بقرة ٢٠٥ .

(٣) والفونوغراف غير وارد في النص ، ولكن ما ورد في النص ليس مذكوراً على سبيل الحصر كما قدمنا .

التمثيل لا على سبيل الحصر ، في المادة السادسة سالفة الذكر . فيكون نقل المصنف مباشرة إلى الجمهور عادة بطريق التلاوة العلنية للكلام . وإذا كان المصنف من المصنفات الأدبية أو العلمية ، شعرأ كان أو نثراً . ويكون بطريق التمثيل المسرحي . للمسرحيات على اختلاف أنواعها . ويكون بطريق التوقيع الموسيقي للصوت ، في المصنفات الموسيقية . ويكون بطريق العرض العلني ، للصور وغيرها من المصنفات الفنية . ويكون بواسطة الفانوس السحري ، للمشاهد المختلفة . ويكون بواسطة السينما ، للمسرحيات والموسيقى وغير ذلك مما يذاع بطريق السينما . ويكون بواسطة الإذاعة اللاسلكية والتلفزيون ، للكلام والموسيقى والمسرحيات وغير ذلك مما يذاع بهذين الطريقتين ، حتى لو نقلت الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعهما في مكان عام .

فتقل المصنف مباشرة إلى الجمهور يكون بالصوت البشري أو بالآلة ، أما نقله إلى الجمهور بطريق غير مباشر فيكون بعمل نسخ منه ونشرها على الجمهور .

٢١٥ - **أوداع بطريق الراديو والتلفزيون** : يجوز أن يقع الأداء العلني بطريق الراديو والتلفزيون . ويجب عند ذلك استئذان المؤلف أو من انتقلت إليه حقوقه ، ولهذا أن يتقاضى أجراً في مقابل ذلك .

ونحن هنا لانعرض للأشربة المسجلة وإذاعها بطريق الراديو والتلفزيون ، فإن تسجيل هذه الأشربة يدخل في مضمون حق النشر أي نقل المصنف بطريق غير مباشر إلى الجمهور عن طريق نسخ صور منه ، وقد سبق الكلام في ذلك^(١) . وإنما نعرض هنا للأداء مباشرة عن طريق الراديو أو التلفزيون ، أي أن المؤدى يوجه تأديته للجمهور مباشرة (في الهواء كما يقال) ، فتقل تأديته في الحال عن طريق أجهزة الراديو أو التلفزيون إلى المستمعين للراديو أو المشاهدين للتلفزيون .

وهذا الأداء المباشر للجمهور له أحوال ثلاث :

(الحالة الأولى) أن يقوم المؤدى بالتأدية في الاستوديو ، وهو مكان

خاص مقفل لا علانية فيه . ولذلك لا يكون الأداء في ذاته علنيا ، ولكنه ينقله إلى الجمهور عن طريق الأجهزة يصبح علنيا . وهذه الحالة هي الحالة الغالبة ، بحق المؤلف في الأداء العلني يتعلق هنا ، لا بالأداء نفسه ، بل ينقله إلى الجمهور . ومن ثم يجب استثنائه . وله أن يتقاضى أجراً على ذلك .

(الحالة الثانية) أن يقوم المؤدى بالتأدية ، لا في أستوديو مقفل لا علانية فيه ، بل في مكان عام يحتشد فيه الجمهور فيسمع ويرى . وفي الوقت نفسه ينقل الأداء بطريق الأجهزة إلى جمهور آخر غير الجمهور الذي احتشد في المكان العام الذي حصل فيه الأداء العلني ، وهذا الجمهور الآخر هو الذي ، في أماكنه الخاصة من منازل ومكاتب ونحوها ، يستمع إلى جهاز الراديو أو يشاهد لوحة التلفزيون . ويقع ذلك عادة عندما يقوم أحد الممثلين بالغناء في مكان عام ينحسب إليه الجمهور لسماع الغناء ، أو عندما يقوم الممثلون بالتثليل في مسرح عام ينحسب إليه الجمهور لمشاهدة التثليل ، وفي الوقت الذي يقع فيه الغناء والتثليل يذاع هذا وذلك عن طريق الراديو أو التلفزيون ، بحيث ينقل الغناء إلى عدد كبير من الناس يبقون في أماكنهم الخاصة وكل منهم يستمع إلى الراديو أو يشاهد التلفزيون . وللمؤلف في هذه الحالة حقان : حقه في الأداء العلني الذي وقع في المكان العام واحتشد فيه الجمهور ، وحقه في نقل الأداء العلني بطريق الراديو أو التلفزيون إلى عدد كبير آخر من الناس غير الجمهور الذي احتشد في المكان العام . ومن ثم يكون للمؤلف أن يأخذ أجراً عن كل من الحقيقتين ، وأن يجمع بين الأجرين .

(الحالة الثالثة) وهي كالحالة الثانية من حيث إن المؤدى يؤدي في مكان عام يحتشد فيه الجمهور ، ولكن هنا في هذه الحالة الثالثة يوجد جمهور آخر احتشد في مكان عام آخر ، قد يكون مقهى أو فندقاً أو مطعماً ، وضع فيه صاحبه مكرراً للصوت أو لوحة لتلفزيون لنقل الأداء وقت وقوعه في المكان العام الأصلي إلى جمهور المحتشدين عنده في مكانه هو ، وذلك اجتذاباً منه للعملاء . وفي هذا المعنى تقول المادة ٦ من قانون حماية حق المؤلف كما رأينا ... أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكرر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعهما في مكان عام . والفرق بين الحالة الثانية والحالة الثالثة ، هو أنه في الحالة الثانية يوجد جمهور احتشد في مكان عام

يسمع ويشاهد المؤدى ويوجد إلى جانب هذا الجمهور المحتشد أفراد من الناس متفرقون في أماكنهم الخاصة كل منهم يسمع ويشاهد عن طريق جهازه الخاص ، أما في الحالة الثالثة فيوجد جمهور احتشد في مكان عام يسمع ويشاهد المؤدى ويوجد إلى جانب هذا الجمهور المحتشد جمهور آخر محتشد في مكان عام آخر يسمع هو أيضاً ويشاهد المؤدى في نفس الوقت . وعلى ذلك يكون للمؤلف في الحالة الثالثة ، كما هو الأمر في الحالة الثانية ، حقان : حق في الأداء العلني في الأماكن العامة الأخرى التي ينتقل إليها الأداء عن طريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون . وله أجر على كل من الحقين ، ويجمع بين الأجرين . بل يجوز أن تجتمع الحالة الثانية مع الحالة الثالثة : فيقوم المؤدى بالأداء في مكان عام ، وينقل أدائه في الأماكن الخاصة على النحو الذي رأيناه في الحالة الثانية ، وينقل في الوقت ذاته الأداء إلى أماكن عامة أخرى بطريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون على النحو الذي رأيناه في الحالة الثالثة . وعند ذلك يكون للمؤلف أجور ثلاثة يجمع بينها : أجر في الأداء العلني في المكان العام الأصلي ، وأجر ثان في الأداء العلني المنقول إلى الأماكن الخاصة ، وأجر ثالث في الأداء العلني المنقول إلى الأماكن العامة الأخرى بطريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون .

٢١٦ - الأداء بطريق السينما والفونوغراف : هنا أيضاً لا نعرض لأفلام السينما وأسطوانات الفونوغراف ، فالتقاط المشاهد عن طريق الأفلام « وتعبئة » الأسطوانات كل هذا يدخل في مضمون حق النشر أي نقل المصنف بطريق غير مباشر إلى الجمهور عن طريق نسخ صور منه ، وقد سبق الكلام في ذلك (١) . وإنما نعرض هنا للأداء العلني المباشر عن طريق الأفلام السينمائية أو الأسطوانات الفونوغرافية .

لا شك في أن من يشتري أو يستأجر فيلماً سينمائياً لعرضه على الجمهور في صالة العرض أي في مكان عام ، يكون قد انتقل إليه حق الأداء العلني في الملقة

وفي المكان المتفق عليهما ، وذلك في نظير المقابل الذي دفعه . ولكن إذا استأجر شخص فيلدا سينأيا لعرضه في مكان عام معن أى صالة عرض معينة ، وطوال وقت معين ، فليس له أن يعرض الفيلم في مكان آخر ، وليس له أن يجاوز في عرضه الفيلم الوقت المحدد ، وإلا كان معتديا على حق المؤلف في الأداء العلني بطريق السينما ، لأنه فيما جاوز فيه المكان أو الزمان لم ينتقل إليه حق الأداء العلني .

كذلك إذا اشترى شخص أسطوانة ، فله أن يستمع إليها في منزله أو في مكانه الخاص ، بل له أن يجعل غيره يستمع إليها بشرط أن يكون ذلك في اجتماعات خاصة (الاجتماعات العائلية والجمعيات الخاصة والحفلات المدرسية : م ١١ من قانون حماية حق المؤلف)^(١) . ولكن لا يجوز له ، دون إذن كتابي من المؤلف ، أن يسمع الأسطوانة جهوريا من الناس في مكان عام ، فإن في هذا اعتداء على حق المؤلف في الأداء العلني . وللمؤلف ، إذا أذن صاحب الأسطوانة في هذا الأداء العلني ، أن يتقاضى أجراً على ذلك^(٢) .

٢١٧ — حرية الأداء : ولا يكتفى أن يكون هناك أداء للمصنف ، بل يجب أن يكون هذا الأداء علنيا ، أى في مكان عام يستطيع الجمهور دخوله ولو لقاء أجر معين . أما الأداء في اجتماع عائلي أو في اجتماعات خاصة للجمعيات أو منتديات خاصة أو حفلات مدرسية ، فقد قضت المادة ١١ من قانون حماية حق المؤلف ، كما رأينا^(٣) ، بأنه لا يجوز للمؤلف أن يمنعه مادام صاحب الاجتماع لا يتقاضى في نظير ذلك رسماً أو مقابلاً .

ولا ضرورة بطبيعة المكان الذي يقع فيه الأداء : فقد ينقلب المكان الخاص إلى مكان عام إذا سمح للجمهور بالدخول فيه ، كما ينقلب المكان العام إلى

(١) انظر آتفا فقرة ٢٠٩ .

(٢) وقد قدما أن هناك رأياً ينبغي إل أنه حق حق المؤلف أن يمنع شترى الأسطوانة من إذاعتها عل الجمهور ، يجب عليه أن يجعل الناشر - أى بائع الأسطوانة - يشترط ذلك صراحة على المشتري لصلحة المؤلف ، فنجري أحكام الاشتراط لصلحة الناشر (انظر آتفا فقرة ٢٠٧ في آخرها) .

(٣) انظر آتفا فقرة ٢٠٩ .

مكان خاص إذا استأجره شخص لحفلة عائلية أو لاجتماع خاص^(١). فالعبرة إذن بطبيعة الاجتماع لا بطبيعة المكان ، فإذا كان الاجتماع عاما مباحا للجمهور كان الأداء فيه أداءا علنيا ، وإذا كان اجتماعا خاصا فالأداء غير علني . وفي فرنسا تشدد محكمة النقض في تحديد معنى المنتديات والجمعيات الخاصة ، وتذهب إلى أنه مما يتناقض مع الصفة الخاصة للجمعية أو النادي أن يسمح لغير الأعضاء بحضور الحفلات التي تقام ، حتى لو كان هؤلاء الأشخاص من أقارب الأعضاء وأصدقائهم وقد وجهت إليهم دعوات خاصة ولم يدفعوا أى مقابل في نظير حضورهم الحفلات^(٢).

٢١٨ - مجانية الأداء بالنسبة إلى الجمهور : ويبقى الأداء علنيا متى وقع في مكان عام ، ومن ثم يكون خاضعا لحق المؤلف ، حتى لو كان اللذين يحضرون الاجتماع لا يدفعون إلا مقابلا ضئيلا لا يكفي إلا لتغطية المصروفات ، أو كان المقابل الذى يدفعونه مخصصا للتبرع بالأعمال الخيرية ، أو كان الحاضرون لا يدفعون أى مقابل . فجانبة الأداء بالنسبة إلى الجمهور لا تعنى من حق المؤلف ، والعبرة بعلانية الأداء في الخضور لهذا الحق حتى لو كان الأداء جانبا ، إذ لا يجوز التبرع على حساب المؤلف .

ولكن يلاحظ أن المؤلف يتساهل عادة في تقدير قيمة حقه ، إذا هو استوثق من مجانية الأداء للجمهور أو أن المقابل الذى يدفعه الجمهور قد تخصص لبعض الأعمال الخيرية^(٣).

§ ٣ - تصرف المؤلف في حقه المالى

٢١٩ - جواز أنه ينقل المؤلف حقه المالى إلى الغير : تنص المادة

(١) نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٥ بحسبة أحكام النقض ١٦ رقم ٣٦ من ٢٢٧ - وانظر ألفا فقرة ٢٠٩ في المباحث .

(٢) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٢٦ (Bulletin. soc., auteurs, compositeurs, éditeurs musique) Bull. S.A.C.E.M. ١٩٢٧ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٧ Bull. S.A.C.E.M. فقرة ٧٩ من ٦٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ - ٥٧ .

(٣) انظر نقض فرنسي ٨ نوفمبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١١٨ .

٣٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : «المؤلف أن ينقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المنصوص عليها في المواد ٥ (فقرة ثانية) و ٦ و ٧ (فقرة ثانية) من هذا القانون ، على أن نقل أحد الحقوق لا يترتب عليه مباشرة حق آخر . ويشترط لتمام التصرف أن يكون مكتوبا ، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف ، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه . وعلى المؤلف أن يتمتع عن أى عمل من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف فيه ^(١) » .

فلمؤلف إذن أن ينزل عن حقه المالى في استغلال مصنفه ، بما يشتمل عليه مضمون هذا الحق المالى من الحق في النشر وفي الاشتقاق من المصنف الأصل وفي الأداء العلني على الوجه الذى يبناه تفصيلا فيما تقدم ، إلى الغير ، بمقابل أو بغير مقابل . فإذا نزل عنه بمقابل هو مبلغ من النقود كان هذا بيعة لحقه المالى ، وإذا نزل عنه بغير مقابل كان هذا هبة . والغير الذى تلقى الحق من المؤلف أن ينزل عنه بدوره لمن يشاء ، بمقابل أو بغير مقابل . ويشترط لانقضاء التصرف أن يكون مكتوبا ، والكتابة هنا ركن في

(١) وقع خطأ مطبعي في نص الفقرة الأولى من هذه المادة ، إذ أشير في المادة ٥ إلى فقرة ٦ والصحيح أنها الفقرة الثانية ، وأشير في المادة ٧ إلى فقرة أ والصحيح أنها الفقرة الثانية . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في غصوص المادة ٣٧ : « نحا المشرع في الفصل الثالث من الباب ٥ الثاني الذى عقده لبيان أحكام نقل حقوق المؤلفين نحو ما يوفق بين مصالح المؤلفين والناشرين ، فأقام التوازن بين حقوق المؤلفين وحقوق من آل إليهم حق الاستغلال المالى المؤلف . فبعد أن حفظت المادة الخامسة (فقرة ثانية) للمؤلف حقه الخالص في استغلال مصنفه استغلالا ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، اعترفت له المادة ٣٧ بالحق في نقل الحقوق المالية المنصوص عليها في المواد الخامسة والسادسة والسابعة . وهذا الحق الأخير مما يقتضيه استغلال المصنف ، وقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة ٣٧ لصحة التصرف في الحق المالى أن يكون التصادق بشأنه بالكتابة ، وأن يتضمن في صراحة وبالتفصيل كل حق يكون محل التصرف على حدة ، مع بيان مداه والغرض منه وزمان الاستغلال ومكانه ، وذلك حتى يكون كل من الطرفين على بينة من أمره ، وخاصة لكونه لا توضع في القيد نصوص إجمالية غامضة حقة للمؤلف ... إذ أنه هذه الحقوق التى أقرها المشرع للمؤلفين لم يغفل حقوق الناشرين ، فأوجب الفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ على المؤلف أن يتمتع عن أى عمل يترتب عليه تعطيل مباشرة الحق محل التصرف ... » .

ويطابق النص في المشروع الجديد المادة ٣٨ مطابقة تامة من حيث المعنى ، ومطابقة تكاد تكون تامة من حيث اللفظ .

الانقضاء لا مجرد وسيلة للإثبات . وذلك ما لم يكن التصرف هبة مباشرة ، فيجب أن تفرغ في ورقة رسمية وفقاً لأحكام الهبة . ويجب أن يحدد في العقد ، في صراحة وبالتفصيل ، كل حق نزل عنه المؤلف للغير ، مع بيان مدى الحق المنقول للغير ، والغرض منه ، ومدة الاستغلال إذا كانت لا تستغرق مدة الحماية المقررة في القانون ، ومكان الاستغلال إذا كان مقصوراً على بلد دون آخر . وكل ذلك حتى لا تبيح عبارات التصرف عامة مجملة ، فيقع فيها من الإيهام والغموض ما يضر بالمؤلف . والنزول عن حق لا يستتبع النزول عن حق آخر ، ولذلك وجب التفصيل الذي تقدم بيانه . فنزول المؤلف عن حقه في النشر لا يستفاد منه نزوله عن حقه في الاشتقاق . أو عن حقه في الأداء العلني . ونزوله عن تحويل مصنفه إلى مسرحية لا يستفاد منه نزوله عن تحويله إلى فيلم سينمائي . ونزوله عن حق ترجمته إلى لغة معينة لا يستفاد منه نزوله عن ترجمته إلى لغة أخرى غير اللغة المتفق عليها . وهكذا .

ويلزم المؤلف بضمان التعرض ، فلا يجوز له أن يأتي عملاً يكون من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف فيه . ومن ثم لا يجوز للمؤلف ، بعد أن تصرف في حقه . أن يقوم بعمل شخصي يتعارض مع حق المتصرف له في استغلال المصنف ، بأن ينشره مثلاً بنفسه أو بواسطة غيره ، وإلا جاز للحكم عليه بالكف عن التعرض وبالتعويض إن كان له محل . ويشمل الالتزام بالضمان أن يرد المؤلف عن المتصرف له ادعاء الغير أن المصنف مسروق كله أو بعضه . أو أنه يتضمن قذفاً أو انتهاكاً لحرمة أسرار الغير مما يوجب المسؤولية . فإذا لم يستطع المؤلف دفع اعتداء الغير ، كان للمتصرف له أن يرجع عليه بالضمان وفقاً للتواعد المقررة في المسؤولية العقدية .

وقد يستعمل المؤلف حقه في نشر مصنفه أو حقه في الأداء العلني عن طريق عقد النشر أو عن طريق عقد العرض المسرحي . ونئين في إيجاز ، فيما يلي ، الفرق بين كل من عقد النشر وعقد العرض المسرحي وبين ما نحن بصددده في حق المؤلف المأل في استغلال مصنفه .

٢٢٠ — عقد النشر : عرضنا لعقد النشر في الجزء السابع من الوسيط ،

كصورة خاصة من صور عقد المقالة^(١) . وتقتصر هنا على بيان الفرق بين عقد النشر وبين تصرف المؤلف في حقه المالى .

يلجأ المؤلف عادة ، بدلا من التصرف في حقه المالى ، إلى عقد النشر ، إذ هو العقد الذى يستعمل بواسطة استعمالا مألوفيا حقه في نشر مصنفه . والنشر لا ينتقل إليه الحق المالى للمؤلف ، كما ينتقل هذا الحق إلى المتصرف له في حالة التصرف . وكل ما يقتل إلى الناشر ، في أقصى صورة من صور عقد النشر ، هو حق استغلال المصنف لعهد من الطباعات غير معين ولمدة غير معينة . فإذا لم يتم الناشر بإعادة طبع الكتاب في مدة معقولة بعد نفاذ نسخ الطبعة السابقة ، استعاد المؤلف حقه في استغلال الكتاب ، وله أن ينشره بنفسه أو عن طريق ناشر آخر^(٢) . وقد يقتصر المؤلف في عقد النشر على أن يبيع للناشر طبعة معينة من المصنف ، ويحدد بالاتفاق معه عدد نسخ هذه الطبعة ، فيقوم الناشر بطبع هذا العدد من النسخ على نفقته ، وتصبح النسخ ملكا له ويبيعها لحسابه ، ويدفع في مقابل ذلك للمؤلف مبلغا معينا ، دفعة واحدة أو على عدة دفعات ، وقد يحفظ المؤلف ، في عقد النشر ، بحقه في استغلال مصنفه ، ويقوم بطبع الكتاب على نفقته ، فتكون النسخ بعد طبعها ملكا له ، ويقوم الناشر بعرض الكتاب على الجمهور للبيع . وفي هذه الحالة لا يكون هناك عقد بيع بل عقد مقالة ، والناشر هو المقاول ورب العمل هو المؤلف . ويتقاضى الناشر في مقابل ذلك أجراً من المؤلف ، ويتطلب أن يكون هذا الأجر هو نسبة معينة من ثمن كل نسخة يبيعها . وقد يقوم الناشر بطبع الكتاب . على أن يسترد نفقات الطبع من ثمن النسخ التى يبيعها ، وبعد ذلك يستولى على أجره المتبقى عليه ، ويرد الباقي للمؤلف^(٣) .

ومهما اختلفت صور عقد النشر ، فإن الناشر يكون دائماً ملتزماً بنشر كتاب ، أى يبيع نسخه للجمهور ، فإن لم يفعل كان خلا بالتزامه ، وكان

(١) انظر أكريست ٧ فترة ١٨٢ - فترة ١٩٣ .

(٢) پلانويل وريهير وعامل ١٠ فترة ٣٢٨ - الوسيط ٧ ص ٣٢٧ هامش ١ - انظر حكم ذلك وأنه لا فرق بين هذه الصورة من صور عقد النشر وبين التصرف في حق الاستغلال المالى : Rault في عقد النشر في اللتانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٥٥ وما بعدها .

(٣) انظر في كل ذلك الوسيط ٧ فترة ١٨٤ .

مستولا أمام المؤلف . ويسبق المؤلف دائماً ، في عقد النشر ، حقه الأصلي في استغلال مصنفه ، وعلى أساس هذا الحق يلزم الناشر بنشر الكتاب متى يتمكن المؤلف من مباشرة حقه في الاستغلال .

أما إذا تصرف المؤلف في حقه المالى في الاستغلال ، فإن هذا الحق نفسه ينتقل منه إلى المتصرف له ، ويصبح هذا الأخير هو صاحب الحق في الاستغلال . ويستطيع أن يباشر هذا الحق ، كما يستطيع ألا يباشره فلا ينشر الكتاب ، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يستطيع المؤلف أن يلزمه بالنشر كما يستطيع إلزام الناشر فيها رأياه . ونرى من ذلك أنه في حالة التصرف محل المتصرف له محل المؤلف في جميع حقوقه المالية المتصرف فيها بصفة دائمة ، أى طول مدة الحياة غالباً ، ومن بين هذه الحقوق أن يرم عقد نشر مع أحده الناشرين . أما في حالة عقد النشر ، فلا محل الناشر محل المؤلف في حقوقه ، ويكون الناشر ملتزماً بنشر الكتاب طبقاً لشروط عقد النشر ، وللمدة المحددة في هذا العقد ، وللطبعة أو الطباعات المبينة فيه . ويمكن أن تصور أن المؤلف يتصرف في حقه المالى للناشر نفسه ، وفي هذه الحالة تنتقل إلى الناشر حقوق المؤلف بصفة دائمة أى طول مدة الحياة غالباً ، بموجب عقد بيع لا بموجب عقد نشر . وعند ذلك ينشر الناشر الكتاب ، لا باعتباره ناشراً ، بل باعتباره صاحب حقوق المؤلف ، ويكون في وضع المؤلف عندما ينشر هذا مصنفه بنفسه . بل يجوز أيضاً للناشر في هذه الحالة أن يعهد إلى ناشر آخر ، بموجب عقد نشر ، أن ينشر المصنف الذى اشترى حقوق التأليف فيه^(١) .

٢٢١ - **عقد العرض المسرحي** : وقد عرضنا أيضاً لعقد العرض المسرحي في الجزء السابع من الوسيط^(٢) . والفرق بينه وبين تصرف المؤلف في حقه في الأداء العلنى لمصنفه هو نفس الفرق بين عقد النشر وبين تصرف المؤلف في حقه في النشر . فالقائم بالعرض كالناشر يكون ملتزماً دائماً بعرض المصنف على الجمهور ، فيما إذا بلغ مؤلف المسرحية أو منتج الفيلم السينمائي أو واضع القطعة الموسيقية أو ملحن القطعة النهائية إلى عرض مصنفه

(١) انظر في ذلك الوسيط ٧ ص ٣٢٢ هامش ١

(٢) انظر الوسيط ٧ فقرة ١٩٤ - فقرة ١٩٦

بواسطة الأداء العلني عن طريق المسرح أو السينما أو الراديو أو التلفزيون .
لما المتصرف له في حق الأداء العلني فليس ملزماً بالعرض ، وبحل محل المؤلف
في حقه ، إن شاء عرض المصنف وإن شاء لم يعرضه ، وفي حالة عدم العرض
لا يستطيع المؤلف أن يلزمه بالعرض . ويكون له حق العرض بصفة دائمة
أي طول مدة الحماية غالباً ، بخلاف القائم بالعرض فليس له أن يعرض المصنف
إلا في المرة أو المرات أو المدة التي حددها عقد العرض المسرحي .

والذي يقع في العمل هو أن يدفع المؤلف بمسرحيته أو بقطعه الموسيقية
أو الفنائية لصاحب المسرح أو إدارة الإذاعة ، ويتقاضى أجراً معيناً ، قد يكون
مبلغاً إجمالياً وقد يكون نسبة مئوية من الإيراد . وقد يندى التميز في هذه الحالة
بين ما إذا كان العقد هو تصرف في حق الأداء العلني أو هو مجرد عقد للقيام
بالعرض ، لذلك جرى العمل على تسمية العقد في كلا القرضين بعقد العرض
المسرحي دون تمييز بين فرض وآخر (١) .

٢٢٢ — **طرق تقدير المقابل للمؤلف المالي :** وسواء كان العقد
هو تصرف في حق المؤلف المالي على النحو الذي قلّمناه ، أو هو عقد نشر
أو عرض مسرحي ، فإن المقابل الذي يتقاضاه المؤلف في جميع هذه الفروض
يجوز أن يكون مقدراً جزافاً بمبلغ إجمالي ، كما يجوز أن يكون نسبة مئوية من
الإيراد . وتنص المادة ٣٩ من قانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد على
ما يأتي : « تصرف المؤلف في حقوقه في المصنف ، سواء كان كاملاً أو جزئياً ،
يجوز أن يكون على أساس مشاركة نسبية في الإيراد الناتج من الاستغلال . أو
بطريقة جزافية » (٢) .

فلذا نزل المؤلف للمتصرف له أو للناسخ من حقوقه في التأليف نزولاً
غير محدد ، فإن العقد يكون بيعاً كما قلّمنا ، ويكون الأجر هو الثمن يدفعه
الناسخ للمؤلف . ويجوز أن يكون هذا الثمن مبلغاً محدد جزافاً ويتقاضاه المؤلف
دفعة واحدة أو على أقساط أو في ميعاد كل طبعة من طبعات المصنف ، كما

(١) انظر الوسيط ٧ فقرة ١٩٤ .

(٢) يتقابل النص في المذود الجديد المادة ١/٤٠ . والنصان مطابقتان في المتن ، ويكادان
مطابقتان في اللفظ .

يجوز أن يكون الثمن محددًا بنسبة عدد نسخ المصنف ومن كل نسخة ، أو بنسبة ما يباع من النسخ . وإذا نزل المؤلف للناس عن طبعة من طبعات المصنف ، فإنه يفتق معه عادة على عدد نسخ هذه الطبعة ، ويتقاضى المؤلف من الناشر ثمنًا قد يكون مبلغًا محددًا جزائيًا يدفع جملة واحدة أو على أقساط متعددة . وقد يكون نسبة مئوية من الثمن المقرر لبيع النسخ ، أو نسبة مئوية من الثمن الذي تباع به النسخ فعلاً^(١) . وفي عقد العرض المسرحي يلتزم المعارض بأن يؤدي للمؤلف جملاً متفقاً عليه ، قد يكون مبلغاً إجمالياً يتقاضاه المؤلف من المعارض جملة واحدة أو على أقساط ، وقد يكون نسبة مئوية من الإيراد وفي هذه الحالة يجب على المعارض أن يقدم المؤلف حساباً مفصلاً عن إيراد الحفلة أو الحفلات التي أقامها تنفيذاً للاتفاق^(٢) .

والأصل أن ما تم الاتفاق عليه من مقابل لا يجوز تعديله إلا باتفاق جديد ، ولا يجوز للمؤلف أن يطلب أكثر مما اتفق عليه مع الناشر أو المعارض . ولكن للمشروع الجديد أضاف المادة ٤٠ منه فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك فإذا تبين أن الاتفاق كان مجحفاً بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد ، جاز للقاضي ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يقضى للمؤلف ، علاوة على ما اتفق عليه ، يجرى من الربح الصافي الذي ينجم عن استغلال المصنف » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد في صدد هذا النص ما يأتي : « وقد أجازت المادة ٤٠ من المشروع للمؤلف أن يتصرف في حقوقه على المصنف على أساس مشاركة نسبية في الإيراد الناتج من الاستغلال أو ببذل معلوم . سواء كان التصرف كاملاً أو جزئياً . وأضاف المشروع حكماً جديداً أورده مشروع الجامعة العربية ، مؤداه أن يكون للمؤلف نصيب في الأرباح الناتجة عن استغلال المصنف زيادة على ما تم الاتفاق عليه ، إذا كان الاتفاق مجحفاً أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد . ووضح أن في هذا الحكم خروجاً على القاعدة العامة في التعاقد تمليه اعتبارات العدالة » . والحكم الذي استحدثه المشروع

(١) إنظر الوسيط ٧ فقرة ١٨٦ .

(٢) انظر الوسيط ٧ فقرة ١٩٦ .

الجلديد فيه رعاية كبيرة لجانب المؤلف ، على افتراض أنه هو الجانب الذى يغني عادة في الاتفاقات التى تقع بينه وبين الناشر أو العارض ، وبخاصة إذا كان المؤلف من الناشئين أو كان غير معروف . فيجوز له ، إذا كان في الاتفاق غبن من الأصل ، أن يطالب بحجز من الربح الصافي الناتج عن استغلال المصنف براءه القاضى كافيا لرفع هذا الغبن . وحتى لو لم يكن في الاتفاق غبن من الأصل ، ولكن نجاح المصنف غير المنتظر لظروف طارئة جعلت الاتفاق مجحفا بالمؤلف ، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يطالب هنا أيضاً بحجز من الربح الصافي على النحو الذى رأيناه في الفرض الأول . وفي كلا الفرضين خروج على القواعد العامة ، ففي الفرض الأول خروج على قواعد الغبن إذ الأصل هو ألا يعتد بالغبن إلا في حالات خاصة ليس هذا الفرض منها ، وفي الفرض الثانى خروج على قواعد نظرية الظروف الطارئة إذ أن هذه النظرية إنما تعالج حالة للمدين الذى أصابته خسارة فادحة لا حالة للدائن الذى فاته ربح كبير . لذلك لا يجوز تطبيق هذا الحكم إلا بموجب نص صريح في القانون (٣) ، وهذا النص غير موجود في قانون حماية حق المؤلف القائم . فإذا أصبح المشروع الجلديد قانونا وبقي فيه هذا النص : وجب تطبيقه على الاتفاقات التى تبرم من وقت أن يصبح المشروع الجلديد قانونا نافذا المعمول .

٢٢٣ — بطوره التصرف في مجموع الإنتاج الفكرى المستقبلى :

تنص المادة ٤٠ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يعتبر باطلا تصرف المؤلف في مجموع إنتاجه الفكرى المستقبلى » (٣) .

وقد قلنا في عقد النشر (٣) أنه « يجوز الاتفاق بين المؤلف والناشر على نشر عمل أدبى أو فنى لم ينجزه المؤلف بعد ، بل لما يبدأ فيه ، بشرط ألا يكون التزام المؤلف معلقا على شرط إرادى محض ، وبشرط أن يكون العمل معيناً في موضوعه وفي مداه ومبلغ أهميته وفي المدة التقريبية التى يتم فيها ، وإلا كان

(١) وهناك رأى يلحظ إلى أن الاتفاق الذى يحدد مقابل أقل بكثير مما يستحقه المصنف يمكن إبطاله لفظ جوهرى في قيمة المصنف (ديويو في أنسيكوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art.) .

(٢) يقابل النص في المشروع الجلديد المادة ٤١ . والنصان متطابقان معنى ولفظا .

(٣) لدميتر ٧ مقرة ١٨٥ ص ٣٣٣ .

باطلا لعدم تعيين المحل . « . وقلنا أيضاً^(١) : « يجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن حقوقه المستقبلية قبل ناشر عن عمل اعترزم القيام به ولكنه لا يبدأ » . وما يجرى على عقد النشر يجرى أيضاً على تصرف المؤلف في حقه المالى ، فيجوز له أن ينزل للغير عن حقه في مصنف لا يبدأه ، بشرط أن يكون هذا المصنف معينا نهيناً كافياً ، وبشرط ألا يكون التزام المؤلف معلقاً على شرط إرادى محض . هذه هى حدود تصرف المؤلف في مصنفاته المستقبلية التى لم يبدأها ، ونرى من ذلك أن تصرفه في مصنف مستقبل هو تصرف صحيح لجواز التعامل فى الأشياء المستقبلية ، ولكن يجب أن يكون المصنف معينا نهيناً نافعا للجهالة ، وإلا كان التصرف باطلا لعدم تعيين المحل .

أما أن يتصرف المؤلف فى جميع مصنفاته المستقبلية دون تعيين لهذه المصنفات ، أى فى مجموع إنتاجه الفكرى فى المستقبل حتى يوم وفاته ، فهذا تصرف ظاهر البطلان . وبطلانه يرجع أولاً لعدم تعيين المحل ، ويرجع ثانياً إلى أنه يكون بمثابة اتفاق على تركة مستقبلية^(٢) ، ويرجع ثالثاً إلى أن مجموع إنتاجه الفكرى فى المستقبل أمر متصل بشخصه فهو أقرب إلى الحقوق المتعلقة بالشخصية التى لا يجوز التصرف فيها . وهو يرجع قبل ذلك كله إلى أن المؤلف بهذا الاتفاق يربط نفسه إلى آخر حياته فى مجموع إنتاجه الفكرى ، وهذا التزام أبدي قمين أن يلحق به الغبن القادح ، فيكون الاتفاق باطلا لخالفته للنظام العام^(٣) .

٢٢٤ - التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف : تنص المادة ٤١

من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « لا يترتب على التصرف فى النسخة الأصلية من المؤلف ، أيا كان نوعه ، نقل حق المؤلف ، ولكن لا يجوز إلزام

(١) الوسيط ٧ ص ٣٣٣ هامش ٢ .

(٢) انظر للتوسيط ١ طبعة ثانية ص ٤١٤ هامش ١ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن المقصود من عدم جواز التصرف فى مجموع الإنتاج الفكرى المستقبل الذى نصت عليه المادة ٤٠ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ إنما هو تحريم تصرف المؤلف للغير فيما قد تنتجه قريحته الفنية أو الأدبية فى المستقبل ، لأن فى ذلك إهداراً لشخصيته ولحقوقه المعنوية البحتة التى قد يتضائل قبلها ما قد يجنيه من نزايأ مالية (استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٥٩ المحاماة ٤١ رقم ٣٥٤ ص ٦٨٢) .

من انتقلت إليه ملكية هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك ^(١) .

وقد قلنا ^(٢) أن من يشتري نسخة من مصنف ، أسطوانة مثلاً ، ليس له أن يباشر على النسخة حقوق المؤلف لأن هذه الحقوق لم تنتقل إليه . فليس له أن يبيع الأسطوانة على الجمهور بطريق الأداء العلني ، ولا أن يطبع من الأسطوانة نسخاً يعدها للبيع للجمهور . ولكننا هنا في معرض شراء النسخة الأصلية للمصنف ، النسخة الأصلية بالذات لا أية نسخة عادية من نسخ المصنف . فهل يتغير الحكم ، إذ أن المشتري قد حصل على النسخة الأصلية (manuscript) ذاتها فيكون هذا قرينة على انتقال حقوق المؤلف إليه مع انتقال ملكية النسخة الأصلية ؟ نجيب المادة ٤١ سالف الذكر أنه لا يترتب على انتقال ملكية النسخة الأصلية لشخص أن تنتقل إليه حقوق المؤلف . والسبب في ذلك أنه لو أريد نقل حقوق المؤلف إلى من انتقلت إليه ملكية النسخة الأصلية ، لوجب ، طبقاً لنص المادة ٢/٣٧ التي تقدم ذكرها ، أن يكون الاتفاق على نقل حقوق المؤلف « مكتوباً وأن يحدد صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف ، مع بيان مدها والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه » ^(٣) . ومن ثم لا يكفي نقل ملكية النسخة الأصلية إلى شخص ليستفاد ضمناً من ذلك نقل حقوق المؤلف إليه ، فنقل حقوق المؤلف يقتضي اتفاقاً صريحاً مكتوباً عدها فيه كل حق أريد نقله ، مع تحديد نطاق هذا الحق ومدة الاستغلال ومكانه .

ولكن يكون من انتقلت إليه ملكية النسخة الأصلية حراً في مباشرة

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في غموس هذه المادة : « نصت المادة ٤١ على أن التصرف في النسخة الأصلية للمصنف لا يترتب عليه في الأصل نقل حق المؤلف ، وهذا تطبيق لحكم الفقرة الثانية من المادة ٣٧ ، ما لم يتفق على غير ذلك . كما أن عدم إلزام من انتقلت إليه ملكية هذه النسخة بوضعها تحت تصرف المؤلف لنسخها أو عرضها لتطرق القواعد العامة في مصالح الملكية » .

ويقال لنص في المشروع الجديد المادة ٤٢ . والصان خطابان متى ، وبكادان

خطابان لفظاً .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٢٠٧ .

(٣) انظر أيضاً فقرة ٢١٩ .

سلطاته التي يجوزها إياه حق الملكية . فلا يكون للمؤلف — ما لم يتفق معه على غير ذلك — حق في إلزامه بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية إذا كانت لمصنف أدبي أو علمي أو النقل عنها أو عرضها إذا كانت لمصنف في كصورة أو تمثال .

ويبقى بعد ذلك أحد أمرين : إما أن يتفق المؤلف مع مالك النسخة الأصلية على تمكنه من نسخ هذه النسخة أو نقلها بمقابل أو بغير مقابل ، أو أن يتفق مالك النسخة الأصلية مع المؤلف على أن ينقل إليه حقوقه . ففي الحالة الأولى يستطيع المؤلف بنسخ النسخة الأصلية أو نقلها أن يباشر حقه في استغلاله المادي لمصنفه : وفي الحالة الثانية يستطيع مالك النسخة الأصلية وقد انتقلت إليه حقوق المؤلف أن يباشر هذه الحقوق . أما إذا لم يتفق المؤلف مع مالك النسخة الأصلية على تمكنه من نسخها ، ولم يتفق مالك النسخة الأصلية مع المؤلف على أن ينقل إليه حقوقه ، ولم يكن هناك سبيل آخر للمؤلف للحصول على نسخة أخرى من مصنفه ، فإن ملكية النسخة الأصلية تبقى منفصلة عن حقوق المؤلف ، ولا يستطيع المؤلف ولا مالك النسخة الأصلية مباشرة هذه الحقوق .

٢٢٥ — المحجز على حقوق المؤلف : وإذا كان للمؤلف أن يتصرف في حقه المادي ، فهل يجوز لدائنيه ترتيباً على ذلك المحجز على هذا الحق لاستيفاء ديونهم ، على أساس أن الأصل فيما يجوز التصرف فيه أن يجوز المحجز عليه ؟ تجيب المادة ١٠ من قانون حماية حق المؤلف على هذا السؤال بما يلي : « لا يجوز المحجز على حق المؤلف . وإنما يجوز المحجز على نسخ المصنف الذي تم نشره . ولا يجوز المحجز على المصنفات التي يموت صاحبها قبل نشرها ، ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في خصوص هذا النص ما يأتي : « وحقوق المؤلف الأدبية غير قابلة للتصرف فيها بطبيعتها ، شأنها في ذلك شأن الحقوق الشخصية البحتة التي تتصل بشخص الإنسان . ويرتب على ذلك بطلان كل تصرف يتم بشأنها (٣٨٣) ، » . عدم جواز توقيع المحجز عليها (١٠٣) . على أن المشروع لم ينفذ حقوق الدائنين ، فأباح لم توقيع المحجز على نسخ المصنف المنشور . وظاهر من هذا أن المذكرة الإيضاحية ترجع عدم جواز المحجز على حق المؤلف إلى أن المقصود بحق المؤلف هو حقه الأدبي ، فلا يجوز التصرف فيه ولا المحجز عليه . وفي

رأينا أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن غير صحيح ، وأن المقصود بالحق الذي لا يجوز الحجز عليه هو الحق المالى للمؤلف . أما الحق الأدبي فبديهي أنه لا يجوز الحجز عليه ولا التصرف فيه لأنه من الحقوق المتعلقة بالشخصية كما قلنا ، ولم يكن القانون في حاجة إلى النص على ذلك لأنه حكم واضح يستخلص من طبيعة الحق الأدبي . وإنما نص القانون على عدم جواز الحجز على الحق المالى ، مع أنه حق بطبيعته يجوز التصرف فيه ، فبخالف بذلك القواعد العامة . ولذلك أزم النص . والسبب في عدم جواز الحجز على الحق المالى للمؤلف يرجع إلى الاعتبار الآتى : يفترض القانون أن المؤلف لم يقرر نشر مصنفه ، فلو أن القانون أجاز الحجز على حقه فى الاستغلال لأرغمه بذلك ، خلافا لما يقتضيه حقه الأدبي ، على تقرير النشر عن طريق الحجز . إذ الدائنون إذا حجزوا على حقه المالى قبل أن يقرر نشر المصنف ، فإن النتيجة التى ترتبها على ذلك أن هذا الحق المالى يرسو مزاده على مشتر يتولى نشر المصنف بنفسه ، بالرغم من إرادة المؤلف . فغلب القانون هنا الحق الأدبي على الحق المالى ، ولم يجوز الحجز على الحق المالى . لكن إذا قرر المؤلف طوعا نشر مصنفه ونشره ، فقد استنفد حقه الأدبي بتقريره النشر ، ولم يبق إلا حقه المالى متمثلا فى النسخ التى تم نشرها وهى مملوكة له . ومن هنا جاز : كما يقول النص صراحة ، للدائنين الحجز على هذه النسخ^(١) . فإذا بيعت فى المزاد واستولى الدائنون على النسخ ، ولم يستكملوا استيفاء حقوقهم من هذا النسخ ، فإنهم لا يجوز لهم بعد ذلك أن يحجزوا عما بقى لهم من حقوق على حق المؤلف فى الاستغلال المالى ، وإلا كان فى ذلك إرغام له على إعادة تقرير نشر المصنف ، وفى هذا تعارض مع حقه الأدبي . كذلك لا يجوز للدائنين الحجز على حق المؤلف المالى فى المصنفات التى مات عنها قبل أن يقرر نشرها ، لنفس الاعتبار التى تقدم ذكرها . لكن إذا ثبت بصفة قاطعة أن المؤلف كان قبل موته قد أسند نشر هذه المصنفات ، جاز عندئذ للورثة أن ينسروها ، ومن ثم جاز للدائنين الحجز على حق المؤلف إذ يتمحض فى هذه الحالة حقا ماليا لا يتعارض مع الحق الأدبي .

(١) انظر ديويو أن أنسكلوبيدى دالوز ٤ نقلا Prop. Lit. et Art. فقرة

وإذا رسا المزداد على مشتر ، أصبح هذا المشتري هو صاحب الحق المالى وتولى بنفسه نشر المصنف ، والتمن الذى يرسو به المزداد يستوفى منه الدائنون حقوقهم ، وما يبقى يكون من حق الورثة^(١)

وقد نظم المشروع الجليلد الحيز على حق المؤلف تنظيماً أدق ، إذ نص فى المادة ١٠ منه على ما يأتى : « لا يجوز الحيز على حق المؤلف . ومع ذلك يجوز لدائى المؤلف ، الذى تراخى فى استغلال مصنفه بعد نشره ، أن يحصلوا من رئيس المحكمة الابتدائية على أمر باستغلال هذا المصنف ، ويشمل الأمر بياناً بمحدود هذا الاستغلال وبالمدة التى يتم فيها . فإذا كان المؤلف قد توفى قبل نشر المصنف ، فيشترط لاستصدار الأمر المذكور أن يكون المؤلف قد قصد قبل وفاته نشر مصنفه » . والنص هنا واضح فى أن المقصود بالحق الذى لا يجوز الحيز عليه هو الحق المالى ، وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع الجليلد صريحة فى هذا المعنى^(٢) . وقد نظم النص طريقاً علمياً للدائين فى الالتجاء إلى القضاء ، إذا ثبت أن المؤلف قد قرر نشر مصنفه ، ثم تراخى وهو حي فى استغلاله بعد نشره ، أو مات قبل أن ينشره . ولا يوجد ما يمنع من الالتجاء إلى القضاء على النحو المبين فى المشروع الجليلد ، دون

(١) قاروب فى هذه المسألة إسماعيل غانم فى نظرية الحق ص ٦٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٢٨ - منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٩٠ - ص ٩١ - وانظر فى أن الحق المقصود بدم جواز الحيز عليه هو الحق الأدبى للمؤلف دون الحق المالى : سليمان مرسى فى المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٦٦ - عبد المنعم البدرارى فقرة ١٩٣ والمدخل للقانون الخاص فقرة ٢٦٨ - حسن كيرة فى أصول القانون فقرة ٢٥٩ ص ٦٥٥ .

(٢) إذ ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : « وتنص المادة ١٠ من المشروع على خصيصته عن خصائص الحق المالى للمؤلف ، تنقضى بدم جواز الحيز على حق المؤلف . وهو حكم واضح تحله طبيعة حق المؤلف التى لا تجعل لدائيه فائدة من الحيز على حقه فى الاستغلال ، بما يضمنه من سلطة تقرير نشره ، باعتبار أن حق النشر للمؤلف وحده لا يجوز التنازل عنه ، وهذا ما يستتبع عدم جواز الحيز على هذا الحق . على أنه إذا استعمل المؤلف حقه فى النشر . ثم تراخى بعد ذلك فى استغلال مصنفه بعد نشره ، فإنه فى هذه الحالة يجوز لدائيه أن يحصلوا من رئيس المحكمة الابتدائية على أمر باستغلال المصنف ، ويشمل الأمر بياناً بمحدود هذا الاستغلال وبالمدة التى يتم فيها . وقد نصت المادة ١٠ أيضاً على حكم أجيى بمقتضاء لدائى المؤلف أن يباشروا هذا الحق بعد وفاته ويستصحبوا الأمر المذكور ، ولكن بشرط أن يثبت هؤلاء الدائنون أن المؤلف كان قد قصد قبل وفاته نشر مصنفه » .

حاجة إلى نص صريح في هذا المعنى ، فإن هذا النحو من الالتجاء إلى القضاء لا يتعارض مع القواعد العامة

المطلب الثاني

الحق المالى بعد موت المؤلف

٢٢٦ — انتقال الحق المالى إلى خلفاء المؤلف لمدة معينة : يبقى الحق المالى يتمتع به المؤلف طوال حياته . ثم إن هذا الحق لا ينقضى بموت المؤلف ، بل يبقى بعد موته وينقل إلى خلفائه .

وإذا دام طوال حياة المؤلف ، فإنه لا يلوم بعد موته . فهو على خلاف الحق الأدبي حتى موته ، ولا يبقى بعد انتقاله إلى خلفاء المؤلف إلا لمدة معينة هي مدة الحماية التى أضفاها القانون على الحق .

فنعثدا إذن مسألتان : (١) من هم خلفاء المؤلف . (٢) مدة الحماية التى أضفاها القانون على الحق .

١ § — خلفاء المؤلف

٢٢٧ — الورثة : تنص المادة ١/١٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « بعد وفاة المؤلف يكون لورثته وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالى المنصوص عليها في المواد ٦ و ٧ فإذا كان المصنف عملاً مشتركاً وفقاً لأحكام هذا القانون ، ومات أحد المؤلفين بلا وارث ، فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » (١).

وبين من هذا النص أنه إذا مات المؤلف ، انتقل حقه في الاستغلال

(١) يقابل النص في المشروع الجديد للمادة ١٩ ، وتجرى على الوجه الآتى : « لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالى المشار إليها في هذا القانون ، ولم وحدهم الحق في الإفادة من المادة ٤٠ (التصرف في حق الاستغلال المالى) . فإذا كان المصنف مشتركاً ، ومات أحد المؤلفين دون أن يترك وارثاً أو موسى له ، آل نصيبه إلى شركائه في التأليف أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » . والنص مطابق في المعنى لنص المادة ١/١٨ من قانون حماية حق المؤلف سالف الذكر .

المال المصنفه إلى ورثته الشرعيين ، كل بمقدار حصته في الميراث فإذا ترك أولادا وزوجة وغيرهم من الأقارب : لم تترك الزوجة في حقه المال إلا النصف ، وباقى الحق للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولمن يرث مع الأولاد من الأقارب كالأب والأم . كل بقدر حصته في الميراث . ويخلف كل وارث في حصته ورثته من بعده . مادامت مدة حماية المصنف لم تنقض . وهؤلاء جميعا — الورثة وورثة الورثة — يباشرون حقوق المؤلف المالية على الشيوع ، ويباشرون أيضاً حقوقه الأدبية كما سيجيء . ولما كانت مدة الحماية في الأصل خمسين عاما من وقت موت المؤلف كما سترى . فإن عدد الورثة يتزايد مع الزمن ، وقد تصبح مباشرة حقوق المؤلف أمراً مستعصيا لكثرة العدد^(١).

ويساعد على معالجة هذا العيب الأمور الآتية : (١) يصبح تطبيق أحكام الشيوع في إدارة الحقوق المالية للمؤلف ، فيكون رأى الأغلبية هو النافذ . (٢) يصبح عند قسمة التركة أن يؤول الحق المال للمؤلف إلى أحد الورثة دون الباقين ، أو إلى عدد قليل من الورثة . (٣) يجوز للمؤلف ، كما سترى ، أن يوصي إلى شخص أو إلى عدد قليل من الأشخاص بحقه المالى ، دون أن يتقيد في ذلك بالقدر الذى تجوز فيه الوصية . (٤) وفى جميع الأحوال ينتهى حق المؤلف المالى على الأكثر بانقضاء خمسين عاما من موت المؤلف ، وبانتهاء هذا الحق يؤول المصنف إلى الملك العام ، وينقطع التنازع في مباشرته بواسطة عدد كبير من الأشخاص .

٢٢٨ — الموصى لهم : تنص المادة ٢/١٨ من قانون حماية حق المؤلف

على ما يأتى : « ومع ذلك يجوز للمؤلف أن يعين أشخاصا بالذات من الورثة أو غيرهم ليكون لهم حقوق الاستغلال المالى المشار إليه في الفقرة السابقة ،

(١) وقد قدما (انظر أيضا فقرة ١٦٧) أن اللجنة القانونية بجامعة الدول العربية أهدت ، في سنة ١٩٤٨ ، مشروعاً لحماية حق المؤلف . وتنص المادة ٢٧ من هذا المشروع بأن الورثة الذين لهم حق الاستغلال المالى هم : أولا - زوج المؤلف وفروعه . ثانيا - أصوله - ثالثا - إخوته . ولا يجوز لأفراد فريق من هؤلاء مباشرة هذا الحق إلا بعد انقراض الفريق الذى سبقه ، وتقسيم التركة بين المستحقين بالتساوى فيما بينهم . ولا تسرى وصية المؤلف على زوجه وفروعه فيما زاد على الثلث . (انظر أيضا فقرة ١٦٧ في الملاحق) .

ولو جاوز المؤلف في ذلك القدر الذي تجوز فيه الوصية^(١) . والنص ، كما نرى ، يميز للمؤلف أن يوصي بحقه في الاستغلال المالي ، لوارث أو لغير وارث . فيصح أن يوصي بهذا الحق لأحد الورثة دون الباقين ، أو لبعض الورثة دون بعض ، أو لغير وارث أصلاً انفراداً أو تعدد ، أو لوارث وغير وارث في وقت معاً . وإلى هنا لا مخالفة لأحكام الشرع الإسلامي في الوصية . ولكن النص يخالف أحكام الشرع الإسلامي في أنه يقرر أن المؤلف في وصيته بحقه لا يتقيد بثلاث التركة ، فقد تكون قيمة حقه المالي في استغلال مصنفه أو مصنفاته أكثر من ثلث تركته ، بل قد تكون كل تركته ، ومع ذلك يجوز له أن يوصي بهذا الحق كله لوارث أو لغير وارث : وتنفذ الوصية في جميع الحق الموصى به . وكانت أحكام الشرع الإسلامي تقضي بأن الوصية لا تنفذ إلا في ثلث التركة . والسبب في أن المشرع قرر هذا الحكم دون أن يتقيد فيه بأحكام الشرع الإسلامي أن حق المؤلف في الاستغلال المالي لمصنفاته هو حق معنوي يقع على شيء غير مادي ، فهو إذن ليس من قبيل الأموال التي تقع على الأشياء المادية والتي ينظر الشرع الإسلامي إليها وحدها في تقرير أحكام الميراث والوصية . ولما كان المصنف هو نتاج فكر المؤلف ، فهو ألصق به من أمواله التي تقع على أشياء مادية ، ولذلك كان أكثر حرية في التصرف فيه بالوصية . فقد يرى أن شخصاً معيناً ، وارثاً كان أو غير وارث ، أولى بأن ينتقل إليه حقه المالي في استغلال مصنفه ، إذ يكون أقدر من غيره على هذا الاستغلال وأكثر فهماً لموضوع المصنف وأشد رعاية لحق المؤلف الأدبي إذا ما عهد إليه برعاية هذا الحق في مقابل نقل الحق المالي إليه .

ولا شك في أن هذا الحكم مفيد من ناحيتين . فهو من ناحية يمكن المؤلف من نقل حقه المالي إلى أولى الناس وأصلحهم بانتقال هذا الحق إليه . ولا يصح القول في هذا الصدد إنه كان يكفي أن يعهد إلى هذا الشخص برعاية حقه

(١) وقد أضيف هذا النص إلى مشروع قانون حماية حق المؤلف بعد أن تم إعداده ، وإلى أعضائه من مجلس الدولة . ولذلك لم تعرض له المذكرة الإيضاحية التي كانت قد أعدت قبل إضافته . وليس النص مقابل في المشروع الجديد ، ومن ثم تجرى في هذا المشروع أحكام الوصية ، فلا تجوز إلا في ثلث التركة ، وتجوز لوارث .

الأدبي^(١) . فالغرم بالغنم . وكما أتى المؤلف على من اختاره صبه رعاية حقه الأدبي فن حق هذا الشخص أن ينتقل إليه أيضاً الحق المالى ، فيكون أشد يقظة في رعاية الحق الأدبي . والحكم من ناحية أخرى يمكن المؤلف ، إذا كان ورثته الشرعيون كثيرين وخشى أن يقع الخلاف فيما بينهم في مباشرة استغلال المصنف ، أو كانوا غير صالحين لمباشرة هذا الاستغلال لبعدهم ثقافياً عن موضوع المصنف . من تعيين شخص واحد أو عدد قليل من الأشخاص لمباشرة استغلال الحق عن طريق الإيصاء لهم به .

٢٢٩ - باقى الشركاء فى المصنف : وهناك فرض خاص واجبه المشرع فى الشطر الثانى من الفقرة الأولى للادة ١٨ من قانون حماية حق المؤلف ، إذ يقول كما رأينا : « فإذا كان المصنف عملاً مشتركاً وفقاً لأحكام هذا القانون . ومات أحد المؤلفين بلا وارث : فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين معه أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » .

والأصل أن المؤلف إذا مات دون أن يترك ورثة أو موصى لم ينتقل إليهم حقه المالى فى استغلال المصنف : فإن هذا الحق ينقضى بموته ، ويؤول المصنف إلى الملك العام ، ولا يؤول إلى الدولة باعتبارها مالكة للتراث التى لا وارث لها . ولكن إذا كان هذا المصنف مشتركاً بين عدد من المؤلفين ، كما إذا كان مصنفًا سينمائيًا يشترك فيه مؤلف السيناريو ومؤلف الحوار ومن قام بتحويل المصنف الأدبى والمخرج وواضع الموسيقى وصاحب المصنف الأصيل ، ومات أحد من هؤلاء دون وارث أو موصى له ينتقل إليه حقه المالى ، فإن هذا الحق لا يؤول إلى الملك العام فى هذه الحالة ، بل ينتقل إلى باقى الشركاء ، أو لمن خلف هؤلاء الشركاء إذا كان الشركاء هم أيضاً قد ماتوا أو مات بعضهم ، كل بنسبة حصته فى المصنف . وهذا حكم مديد ، فضلاً عن

(١) وقد ذهب الأستاذ إسحاق غانم إل ذلك إذ يقول : « وقد كان يمكن لتحقيق هذا الفرض أن ينص على حق المؤلف فى أن يعين من يشاء لمباشرة سلطاته الأدبية بعد وفاته ، على أن يظل الحق المالى للورثة لا يجوز الإيصاء به فيما زاد على ثلث التركة طبقاً لقواعد العامة » (إسحاق غانم فى النظرية العامة للحق ص ٦٦ - وانظر أيضاً منصور منصور فى المدخل العلوم القانونية ص ٩٢) .

الصعوبات العملية التي تنجم من أن يكون بعض المصنف قد آل إلى الملك العام . فبعض الآخر لا يزال متمتعاً بالحماية ، فإن الشركاء أولى من الملك العام بانتقال حق شريكهم إليهم . وهذا ضرب من ضروب حق الاسترداد (droit de retrait) دون مقابل ، يتمكن به باقي الشركة من مباشرة حقهم المالي على المصنف كله ، وذلك إلى أن تنقضي مدة الحماية ويؤول المصنف إلى الملك العام .

§ ٢ - مدة الحماية التي أضفلها القانون على الحق المالي

٢٣٠ - مدة الحماية في الأصل محسوبة عاماً بعد موت المؤلف :

قدّمنا أن الحق المالي للمؤلف حق مؤقت ، فهو يلوم في الأصل طول حياة المؤلف وخمسين سنة أخرى بعد موته ، وعند انقضاء هذه المدة يؤول المصنف إلى الملك العام فيصبح من حق كل شخص أن ينشره وأن يباشر عليه حق الأداء العالي دون إذن ودون مقابل . وتنص المادة ١/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد على ما يأتي : « مع عدم الإخلال بحكم المادة الثامنة ، تنقضي حقوق الاستغلال المالي المنصوص عليها في المواد ٦ و ٧ بمضي خمسين سنة على وفاة المؤلف . على أنه بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التي لا تكون مصطبغة بطابع إنشائي ، واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلاً آلياً ، فتنتضي هذه الحقوق بمضي خمسة عشر عاماً تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » (١) .

والمدة التي يحمي فيها حق المؤلف المالي تستغرق كما قدّمنا حياة المؤلف

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص : « وحق الاستغلال المالي للمؤلف مؤقت محسوبة بأجل نصت عليه المادة ٢٠ ، وهو طيلة حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته . وهذا الأجل هو الذي انتهت إليه الماهدات الدولية التي أُشير إليها في صدر هذه المذكرة ، وأعطت به أكثر الدول الأوروبية . وإذا كان المصنف فوتوغرافياً أو خاصاً بالإنتاج السينمائي التي يقتصر على نقل المناظر الطبيعية ، سقط الحق بعد انقضاء خمسة عشر عاماً منذ تاريخ أول نشر للمصنف . ويشير النص في صدره إلى عدم الإخلال بحكم المادة الثامنة ، وهي تنص على أن « تنقضي حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية ، إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر المصنف الأصل أو المترجم » . انظر في شرح هذه المادة ألفا فقرة ١٧٧ .

وخمسين عاما بعد وفاته^(١) ، ولم نصل التشريعات التي تحمي حقوق المؤلف إلى هذا المقدار من المدة إلا تدريجا . فقد كانت مدة الحماية في أول تشريع صدر في فرنسا لحماية حق المؤلف - قانون ١٣ يناير سنة ١٧٩١ - خمس سنوات بعد وفاة المؤلف . وزادت هذه المدة إلى عشر سنوات في قانون ١٩ يولييه سنة ١٧٩٣ ، ثم أطيئت إلى عشرين سنة بذكرينو ٥ فبراير سنة ١٨١٠ ، ثم إلى ثلاثين سنة بقانون ٨ أبريل سنة ١٨٥٤ ، ثم إلى خمسين سنة بقانون ١٤ يولييه سنة ١٨٦٦ . ووقفت مدة الحماية عند هذا القدر في جميع القوانين التالية ومنها قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ، وهو القانون المعمول به الآن في فرنسا لحماية حقوق المؤلف . وقد أقرت المؤتمرات والاتفاقيات للدولية ، ابتداء من معاهدة برن الدولية في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ ، أن تكون مدة الحماية خمسين عاما من وقت وفاة المؤلف . وفي مصر كان مشروع أول مارس سنة ١٩٢٧ يجعل مدة الحماية ثلاثين عاما من وقت وفاة المؤلف ، وعشر سنوات من أول نشر للمصنف لحفظ حق الترجمة إلى اللغة العربية . وظلت مدة الحماية ثلاثين عاما في مشروع جامعة الدول العربية . ولكن قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو القانون المعمول به الآن ، جعل مدة الحماية كما رأينا خمسين عاما من وقت وفاة المؤلف تمشيا مع التشريعات الأجنبية والاتفاقيات الدولية ، إلا أنه أنزل مدة حفظ الحق في الترجمة إلى خمس سنوات من أول نشر للمصنف بدلا من عشر سنوات^(٢) . وقد وضعت هيئة اليونسكو ، بعد الحرب العالمية الثانية ، اتفاقية دولية لحماية حقوق المؤلفين في جنيف في ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، جاء في المادة ٤ منها أنه لا يجوز أن تنقص مدة الحماية عن فترة تشمل حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته^(٣) .

وقد اتجه المشروع الجديد إلى إنقاص مدة الحماية ، ولعل هذا كان من أهم أسباب وضع هذا المشروع ، فنصت المادة ١/٢٠ و٢ منه على ما يأتي : « مع

(١) وغنى عن البيان أنه إذا انقضت ورقة المؤلف قبل انقضاء هذه المدة ، ولم يوجد سوى له ، فإن المصنف يزول إلى الملك العام بالرغم من أن مدة الحماية لم تنقض

(٢) انظر في كل ذلك ما قدمناه آنفا فقرة ١٦٧

(٣) انظر آنفا فقرة ١٦٧ في الحاشي .

حلم الإخلال بحكم المادة ٨ فقرة ثانية تنقضى حقوق الاستغلال للمالي المنصوص عليها في القانون بمضى خمس وعشرين سنة على وفاة المؤلف ، على ألا تقل مدة الحماية في مجموعها عن خمسين سنة من تاريخ أول نشر للمصنف . على أنه بالنسبة إلى المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التي يقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، فتقضى هذه الحقوق بمضى خمس سنوات تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد في هذا الصدد : « ولئن جعلت مدة الحماية في معاهدة برن خمسين سنة بعد وفاة المؤلف ، إلا أن ثمة اتجاهات عامة إلى الحد منها . وآية ذلك أن الاتفاقية الدولية لحماية حقوق المؤلفين المبرمة في جنيف عام ١٩٥٢ نصت في مادتها الرابعة على أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية للمصنفات التي تنطبق عليها هذه الحماية عن فترة تشمل حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته ، كما أن المشروع الذي وضعته الجامعة العربية ينقص مدة الحماية في المادة ٢٣ منه إلى ثلاثين سنة بعد وفاة المؤلف . وكانت اللجنة التشريعية بمجلس النواب المصري قد أشارت - وهي بصدد بحث قانون حقوق المؤلف - إلى جعل الحماية خسا وعشرين سنة ، بينما كانت المدة المحددة في مشروع سنة ١٩٢٧ ثلاثين سنة . ولا يمتد أجل الحماية في إنجلترا إلا سبع سنوات بعد وفاة المؤلف ، على ألا تقل في مجموعها عن اثنين وأربعين سنة من تاريخ أول نشر للمؤلف . ومن ثم فقد رأى المشروع أن يقف من شتى هذه الاتجاهات موقفا وسطا ، متوخيا في الوقت ذاته حفظ حقوق المؤلفين وصيانة ثرواتهم . فجعل في المادة ٢٠ مدة الحماية مدى حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته ، على ألا تقل الحماية في مجموعها عن خمسين سنة » .

وقد تكون هذه الاعتبارات التي حددت بالمشروع الجديد على إنقاص مدة الحماية من خمسين سنة إلى خمس وعشرين اعتبارات وجبة ، إلا أنه بعد أن صدر قانون حماية حق المؤلف بجعل مدة الحماية خمسين سنة ، لم يعد مستساغا إنقاص هذه المدة في المشروع الجديد ، إذ المألوف أن مدة الحماية تزيد متدرجة في التشريعات المتعاقبة ، لا تنقص .

وقد قلنا^(١) أن هناك مصنفات فوتوغرافية وسينمائية لا تكون مصطبقة بطابع إنشائي وتقتصر على نقل المناظر نقلا آليا ، فهذه يكون من الطبيعي أن تتمتع بحماية أقل ، وقد جعلت المادة ١/٢٠ كما رأينا مدة حمايتها خمسة عشر عاما فقط ، وتبدأ لا من وقت وفاة المؤلف بل قبل ذلك من تاريخ أول نشر للمصنف . وقد أنزل المشروع الحديد في المادة ١/٢٠ منه كما رأينا مدة حماية هذه المصنفات من خمس عشرة سنة إلى خمس سنوات فقط ، تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الحديد في هذا الصدد ما يأتي : « ولما كان مناط الحماية المقررة لحق المؤلف هو المجهود العقلي أو الابتكار ، وهو لا يتوافر في التصوير الفوتوغرافي والسنيماي الذي يقتصر فيه على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، إذ يكون اللآلة فيه الدور الرئيسي وتكون الغلبة للمنصر الآلي الذي لا يمت بصلة إلى المجهود الذهني ، فقد جعل المشروع مدة الحماية بالنسبة لهذه المصنفات خمس سنوات تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف ، مراعى في ذلك ما قد يتكبده المصور من جهد مادي في سبيل الحصول على الصورة » .

هذا ومدة الحماية أيا كان مقدارها ، يبدأ سريانها في الأصل من وقت موت المؤلف ، ويبدأ السريان في بعض الأحوال الاستثنائية من تاريخ أول نشر للمصنف . فنبحث الأصل ، ثم نتقل إلى الامتثناء .

٢٣١ — الأصل أنه يبدأ سريانه مدة الحماية من وقت موت المؤلف :

قلنا أن الأصل أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت موت المؤلف ، فانحسبون عاما التي يحى فيها القانون الحق المالي للمؤلف يبدأ سريانها من وقت موت المؤلف ، أى أن المصنف يحى مدة حياة المؤلف وخمسين عاما أخرى تسرى من وقت موته . وهناك حالتان تتدخلان في هذا الأصل ، وهما في حاجة إلى شيء من التفصيل :

(الحالة الأولى) المصنفات المشتركة . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف في شأنها على ما يأتي : « وتحسب المدة في المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين »^(٢) . فإذا كان هناك

(١) انظر أننا فقرة ١٨٠ في آخرها .

(٢) تطابق المادة ٣/٢٠ في المشروع الجديد ، متى ولفظا .

مصنف مشترك بين أكثر من شخص واحد ، كصفات الموسيقى الغنائية .
 وللصفات السينمائية وللصفات المعلقة للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون .
 فإن مريان مدة الحماية لا يبدأ بمجرد موت أحد هؤلاء الشركاء ، بل يترأى
 حتى يموت آخر من بقى حيا منهم ، ومن وقت موته يبدأ مريان مدة الحماية .
 وحل ذلك يتمتع من مات أولا من الشركاء بمدة حماية أطول ، إذ تستغرق هذه
 المدة حياته هو ، ثم حياة جميع الشركاء الذين يموتون بعده ، ثم تستمر خمسين
 عاما بعد موت آخر من يموت منهم . وإذا كان هناك مصنف جماعي اشترك
 في وضعه جماعة بتوجيه شخصي طبيعي تكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، فإن
 هذا الشخص الطبيعي يعتبر مؤلفا للمصنف (م ٢/٢٧ من قانون حماية حق
 المؤلف^(١)) ، ويبدأ مريان مدة الخمسين عاما من وقت وفاة هذا الشخص
 الطبيعي فإذا كان الذي وجه المصنف الجماعي وتكفل بنشره تحت إدارته
 وباسمه هو شخصي معنوي ، اعتبر هذا الشخص المعنوي أيضاً هو المؤلف
 (م ٢/٢٧ من قانون حماية حق المؤلف^(٢)) ، ويبدأ مريان مدة الخمسين
 عاما من تاريخ أول نشر للمصنف الجماعي ، شأن الشخص المعنوي هنا شأن
 سائر الأشخاص المعنوية (م ٣/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف) كما سرى .
 (الحالة الثانية) المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف : تنص
 المادة ٢٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « تحسب مدة الحماية بالنسبة
 إلى المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف من تاريخ وفاته ، وذلك
 مع عدم الإخلال بحكم الفقرة الثانية من المادة العشرين من هذا القانون^(٣) » .
 والمفروض هنا أن المصنف لم ينشر إلا بعد وفاة المؤلف ، وقد تولى نشره
 خلفه بعد موته بخمسين سنة مثلا . ففي هذه الحالة يحمي المصنف مدة خمسين
 عاما ، ولكن هذه المدة يبدأ مريانها ، لا من وقت نشر المصنف كما قد يتبادر
 إلى اللحن ، بل من وقت وفاة المؤلف . فلا يحمي المصنف إذن في الفرض
 الذي نحن بصدده إلا مدة خمسة وأربعين عاما من وقت نشره ، إذ هو قد
 نشر بعد موت المؤلف بخمسة أعوام . ولا يفهم هذا الحكم إلا على أساس

(١) انظر آتفا فقرة ١٩٥ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٩٥ .

(٣) تطابق المادة ٢٢ في المشروع الجديد في النص ، وتكاد تطابقها في النقط .

افترض قاعدة تقضى بأن أى مصنف يجب أن يؤول إلى الملك العام بعد خمسين عاما من موت مؤلفه . أيا كان تاريخ نشر هذا المصنف . وعلى ذلك لو نشر المصنف بعد ثلاثين عاما من وقت وفاة المؤلف ، لم يحجم هذا المصنف إلا مدة عشرين عاما من وقت نشره إذ يكون قد مضى خمسون عاما إذ ذاك على موت المؤلف . ولو بقى المصنف غير منشور مدة خمسين عاما بعد موت المؤلف ، فإنه يكون عندئذ قد آل إلى الملك العام ، وإذا نشره خلفاء المؤلف فإنه ينشر غير محمي ، ويجوز لأى شخص أن يعيد نشره دون أن يستأذن أحدا ودون أن يدفع أى مقابل^(١) . ويخفف من أثر هذا الحكم ما ورد في النص من وجوب عدم الإخلال بحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف . وهذه الفقرة تقضى ، كما رأينا ، بأن تحسب مدة الحماية في المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين . فلو أن أحد الشركاء في مصنف مات قبل أن ينشر المصنف ، ثم نشر في حياة الشركاء الآخرين ، ومات آخر من بقى حيا من هؤلاء الشركاء بعد عشرين سنة من نشر المصنف ، فإن مدة الخمسين عاما يبدأ سريانها من وقت وفاة هذا الشريك الأخير ، أى بعد سبعين عاما من وقت نشر المصنف ، وأكثر من سبعين عاما من وقت وفاة الشريك الأول .

٢٢٢ — والاستثناء أنه يبدأ سريانه مرة الحماية من وقت نشر المصنف :

وهنا ثلاث أحوال استثنائية يبدأ سريان مدة الحماية فيها ، لا من وقت وفاة المؤلف ، بل من وقت نشر المصنف . وهذه الأحوال هي :

أولا — المصنفات الفوتوغرافية والسينائية التي لا تكون مصطبغة بطابع إنشائي واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر تقلا آليا ، فقد رأينا^(٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف تقضى بأن مدة الحماية في هذه

(١) وفي فرنسا ، بموجب دكرتين ٢٢ مارس سنة ١٨٠٥ و دكرتين ٨ يونيو سنة ١٩٠٦ ، أعطى الشخص الذي ينشر مصنفا بعد موت المؤلف ، بشروط معينة أهمها أن يكون مالكا للنسخة التي اشتملت على نصوص المصنف ، حق مالي في الاستغلال شبيه بحق المؤلف (انظر في ذلك دهبوا في أنسيكلوبيسى دالوز ٤ . لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٣١) .

(٢) انظر أيضا فقرة ٢٣٠ .

الحالة ، وهي خمسة عشر عاما ، تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف . فمن الممكن إذن أن تنتهى مدة الحماية هنا قبل وفاة المؤلف بمدة طويلة .

ثانياً - المصنفات التى يكون مؤلفوها أشخاصا معنوية عامة أو خاصة . وتنص المادة ٣/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : «وتحسب هذه المدة (مدة الحماية) من تاريخ النشر ، إذا كان صاحب الحق شخصا معنويا عاما أو خاصا»^(١) . والمثل الذى أورده القانون لمصنف يكون مؤلفه شخصا معنويا عاما أو خاصا هو المصنف الجماعى ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف ، كما رأينا^(٢) : « ويعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذى وجه ابتكار هذا المصنف (المصنف الجماعى) ونظمه مؤلفا ، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف» . فلو أن شخصا معنويا خاصا كجمعية أو شركة ، أو شخصا معنويا عاما كجمعية اللغة العربية يضع معجما أو هيئة من هيئات الحكومة الثقافية تضع دائرة معارف ، وجه جماعة فى وضع مصنف جماعى وتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، فإن هذا الشخص المعنوي يعتبر هو المؤلف للمصنف الجماعى بنص القانون كما رأينا . وبمضى هذا المصنف مدة خمسين عاما ، لا من وقت وفاة المؤلف لأن المؤلف هنا هو شخص معنوي لا يموت كما يموت الشخص الطبيعي ، ولكن من وقت نشر المصنف الجماعى^(٣) . وإذا كان عمل كل من المشتركين فى وضع المصنف الجماعى متميزاً عن عمل غيره ، فإن كل مشترك فى وضع المصنف يبقى هو المؤلف لعمله وحده ، بحيث لا ينافس المصنف الجماعى ، وتكون مدة حماية هذا العمل المستقل خمسين عاما من وقت وفاة المؤلف لا من وقت نشر المصنف الجماعى^(٤) .

ثالثا - المصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار . وتنص المادة ٢١ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : « تبدأ مدة الحماية المبدئية فى الفقرة الأولى من المادة السابقة ، بالنسبة للمصنفات

(١) يطابق النص المادة ٢٠/٤ فى المشروع الجديد فى النص ، ويكاد يطابق فى اللفظ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٩٥ .

(٣) انظر آتفا فقرة ١٩٥ وفقرة ٢٣١ .

(٤) انظر آتفا فقرة ١٩٥ فى آخرها .

التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ، من تاريخ نشرها ، ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته خلالها ، تبدأ مدة الحماية من تاريخ الوفاة^(١) . وقد عرضنا تفصيلا فيما تقدم^(٢) إلى أحكام المصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار . وبيننا أنه في العهد الذي بقي فيه اسم المؤلف الحقيق مستورا ، يعتبر الناشر هو المقروض في مباشرة حقوق المؤلف ، ولكن مدة الحماية لا تتصل بشخصه . ولما كان المؤلف مجهولا ، فإنه يتعلم أن يبدأ صريان مدة الخمسين عاما من وقت وفاته ، فلم يكن هناك مناص من جعل صريان هذه المدة يبدأ من وقت نشر المصنف . فإذا مات المؤلف ، وكان قد أذن لورثته في الكشف عن شخصيته بعد موته ، وجب عليهم الكشف عن هذه الشخصية ، وتبدأ مدة الخمسين عاما من وقت وفاة المؤلف بعد أن عرف ، لا من وقت نشر المصنف . وإذا كشف المؤلف عن شخصيته حال حياته ، فعندئذ يبقى مصنفه محميا طول حياته ، حتى لو انتفضي الخمسون عاما من وقت نشر المصنف : ويبقى محميا أيضا خسين عاما أخرى من وقت وفاته^(٣) .

هذا وقد أوردت المادة ٢٤ من قانون حماية حق المؤلف أحكاما عامة تسمى في جميع الأحوال التي تبدأ فيها مدة الحماية من وقت نشر المصنف ، فنصت على ما يأتي : « في الأحوال التي تبدأ فيها مدة الحماية محسوبة من تاريخ نشر المصنف وفقا لأحكام هذا القانون ، يتخذ أول نشر للمصنف مبدأ للحساب المدة بغض النظر عن إعادة النشر ، إلا إذا أدخل المؤلف على مصنفه عند الإعادة تعديلات جوهرية بحيث يمكن اعتباره مصنفًا جديدًا . فإذا كان المصنف

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا العدد : « ومرض المشروع في المادة ٢١ لبيان حكم حماية المصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ، فنص على أن مدة حماية هذه المصنفات تبدأ من تاريخ نشرها ، ذلك لأن المؤلف مجهول في هذه الحالة ، فلا يمكن تطبيق حكم المادة ٢٠ بشأنه . على أنه قد يكشف عن شخصيته بعد نشر المؤلف ، فتحتسب مدة الحماية في هذه الحالة طبقا للقاعدة العامة سالفة الذكر ، أي من تاريخ الوفاة » .

ويطابق النص المادة ٢١ في المشروع الجديد في المقي . ويكاد يطابقه في اللفظ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٩٢ - فقرة ١٩٤ .

(٣) انظر في ذلك ما قدمناه آتفا فقرة ٩٤ ، وفي عدم الاستقرار الذي ينشأ من اتصال مدة الحماية بالشخص الظاهر الذي تفرض له مباشرة حقوق المؤلف ما قدمناه آتفا فقرة ١٩٣ .

يتكون من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت منفصلة وحل فترات ، فيعتبر كل جزء أو مجلد مصنفًا مستقلًا في حساب المدة (١) .

وفرض النص هنا فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المصنف متعدد الأجزاء ، أى مكونًا من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت تباعًا في أوقات متعاقبة . فعند ذلك يعتبر كل جزء أو مجلد مصنفًا قائمًا بذاته ، ويحصى مدة خسن عاما (أو خمسة عشر عاما) من وقت نشره هو ، دون نظر إلى تاريخ نشر الأجزاء أو المجلدات التي سبقت أو التي لحقت ، وعلى ذلك يستقل كل جزء أو مجلد بمدة حمايته الخاصة به . أما إذا نشر المصنف بأجزائه أو مجلداته جميعا في وقت واحد ، فالطبيعي أن تبدأ مدة الحماية من تاريخ هذا النشر بالنسبة إلى جميع الأجزاء أو المجلدات ، ولا يستقل كل جزء أو مجلد بمدة حماية خاصة .

(الفرض الثاني) أن يكون المصنف متعدد الطبقات ، فالعبرة بتاريخ الطبعة الأولى مادامت الطبقات التالية لم تدخل تعديلا جوهريا على المصنف بحيث تعتبر الطبعة الجديدة المعدلة مصنفًا جديدًا . وعلى ذلك تبدأ مدة الحماية من تاريخ الطبعة الأولى ، وإن تعددت الطبقات بعد ذلك على النحو الذى ذكرناه . فإذا كانت الطبعة الجديدة المعدلة قد دخلت عليها تعديلات جوهرية جعلتها بمثابة مصنف جديد ، وهذه مسألة واقع تترك لتقدير قاضى الموضوع مستميتا فى ذلك برأى الخبراء المتخصصين ، فإن هذه الطبعة الجديدة تقطع المدة التي كانت قد سرت من وقت نشر الطبعة الأولى ، وتسرى مدة حماية جديدة تحسب من وقت نشر الطبعة الجديدة . وقد تكون الطبعة الجديدة قد شارك فيها المؤلف الأصلى مؤلفون آخرون ، فتعتبر هذه الطبعة بمثابة مصنف جديد مشترك وتسرى بالنسبة إليها مدة حماية خاصة تبدأ من وقت نشرها . أما الطبعة الأخرى السابقة التي استقل بوضعها المؤلف الأصلى فتبقى مدة حمايتها على ما كانت ، يبدأ سريانها من وقت نشر هذه الطبعة السابقة . وعلى ذلك يكون للمصنف فى هذا الفرض مدتا حماية مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، مدة بالنسبة إلى الطبعة التي استقل بوضعها المؤلف الأصلى ، وتسرى من وقت نشر

(١) يطابق لئس المادة ٢٢ فى المشروع الجديد فى النص ، ويكاد يطابقه فى اللفظ .

هذه الطبعة ، ومدة أخرى بالنسبة إلى الطبعة التي اشترك فيها مع المؤلف الأصلي مؤلفون آخرون وتسرى من وقت نشر المصنف في حالته الجديدة مصنفًا مشتركًا . وإذا تعددت الأجزاء أو المجلدات ، ونشرت تباعًا في أوقات متعاقبة ، وتعددت طبعات جزء منها أو أكثر . فإن أحكام تعدد الطباعات التي قلناها تسرى على كل جزء أو مجلد أعيد طبعه .

المطلب الثاني

الحق الأدبي للمؤلف

٢٣٣ - **مفاهيم الحق الأدبي للمؤلف ومضمونه هذا الحق :** قدمنا أن الحق الأدبي للمؤلف هو من الحقوق المتعلقة بالشخصية ، وليس كحق الاستغلال المالي بحق عيني^(١) . ويترتب على أن الحق الأدبي هو من الحقوق المتعلقة بالشخصية لا من الحقوق المالية خصيصتان لصيقتان بهذا الحق ، فهو أولاً حق لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ، وهو ثانياً حق دائم وليس بحق مؤقت كحق الاستغلال المالي^(٢) .

أما أنه حق لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ، فقد ورد في ذلك نص صريح ، إذ تقول المادة ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف : « يقع باطلاً كل تصرف في الحقوق المنصوص عليها في المواد ٥ (فقرة أولى) و ٧ (فقرة أولى) و ٩ من هذا القانون »^(٣) . والمواد المشار إليها في هذا النص هي المواد التي تشتمل على مضمون الحق الأدبي للمؤلف ، ويجب أن يضاف إليها المادة ٤٢ التي تعرض لحق المؤلف في سحب مصنفه من التداول . وبديهي أنه لما كان الحق الأدبي من الحقوق المتعلقة بالشخصية ، فإنه يكون لصيقاً بشخص المؤلف ، ومن ثم لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق المتعلقة بالشخصية كالأبوة والبنوة والنسب^(٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٦ في الماشي .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٤ .

(٣) يطابق النص المادة ٣٩ في المشروع الجديد في المعنى ، ويكاد يطابق في اللفظ .

(٤) ديبورا في أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. at Art. فقرة ٣٤٣ .

وأما أنه حق دائم ، فعنى ذلك أنه يبقى طول حياة المؤلف ، ويبقى أيضاً بعد موته غير مقيد بمدة معينة كما قيد حق الاستغلال المالى بخمسين سنة . فهو باق حتى بعد انقضاء الخمسين سنة ، ولا ينتهى إلا عندما يطرح المصنف نهائياً في زوايا النسيان . ويتولى مباشرة الحق الأدبي ، بعد موت المؤلف وإلى أن يزول هذا الحق على النحو الذى ذكرناه ، ورثة المؤلف وخلفاؤه ، جلاً بعد جيل . ويباشرون هذا الحق باسم المؤلف ، ويمثلونه في مباشرته^(١) .

وللحق الأدبي مضمون واسع ، فهو يشمل على الحقوق الآتية : (١) حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه . (٢) حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه . (٣) حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه . (٤) حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول .

١٩ - حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه

٢٣٤ - (١) هو تقرير النشر في حياة المؤلف : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه ، وفي تعيين طريقة هذا النشر »^(٢) . وهذا من أهم مشتملات الحق الأدبي للمؤلف ، فالمؤلف وحده هو الذى يحدد ما إذا كان مصنفه قد تم وأصبح قابلاً للنشر ، وهو الذى يختار الوقت الذى ينشر فيه ، ويعين طريقة هذا النشر . فالمصنف هو نتاج فكره ، ولصيق بشخصه ، وقد لا يرضى عنه فيؤثر ألا ينشره ، ومن ثم لا يجوز لأحد أن يجبره على نشره^(٣) وإذا رضى عن عمله وقرر نشره ، فقد يختار أن ينشره في وقت معين يكون في نظره هو أنسب الأوقات لنشره . قد يرى مثلاً أن ينشره في معرض يقام في وقت معين ويعرضه للبيع في هذا المعرض ، أو يقدمه لتيل جائزة ، أو

(١) ديبوا في أنسيكلوبيدى دالوز : لفظ *Prop. Litt. et Art.* فقرة ٣٤٢ وفقرة ٣٤٤ .

(٢) يطابق النص الفقرة الأولى من المادة ٥ في المشروع الجديد في المنى ، ويكاد يطابقه في اللفظ .

(٣) وقد قضى بأنه إذا سرق مصور صورة لم يرض عنها وأتى بها في الطريق ، فالضلعها أحد المارة ، وتملكها بالاستيلاء ، لم يجوز لهذا الأخير أن يعيد ترتيب الأجزاء الممزقة ويعرض الصورة دون موافقة صاحبها (السين ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ - ٢ - ٨٩) .

يدعيه في مجموعة عند ظهورها ، أو يبيعه من شخص معين أو يهبه إياه ، وهكذا يكون للمؤلف الحرية التامة في اختيار وقت النشر ، ولا أحد يستطيع أن يجبره على تقديم الوقت الذي يختاره أو على تأخيرها . وله كذلك أن يعين طريقة النشر ، فقد يختار أن تمثل مسرحيته دون أن تنشر في كتاب ، أو يأذن في تحويل رواية أو قصة قام بتأليفها إلى مسرحية دون أن يأذن في تحويلها إلى مصنف سينائي أو دون أن يأذن في إذاعتها بالراديو أو التلفزيون . وقد يختار أن يهدي مصنفه لصفوة مختارة من الناس ، دون أن يعرضه على الجمهور للبيع . وقبل أن يقرر المؤلف نشر مصنفه ، لا سبيل لأحد على هذا المصنف لأنه لم يولد بعد كصنف تام الحلقة . ولا يستطيع دائن المؤلف أن يحجز عليه ، إذ في الحجز إرغام للمؤلف على النشر كما قلنا^(١) . وتقرير النشر هو بمثابة شهادة الميلاد للمصنف ، فمن ذلك الوقت يوجد المصنف وترتب عليه سائر الحقوق الأدبية وجميع الحقوق المالية .

٢٣٥ - أثر إلزام المحرر للمؤلف بالنشر : وقد يتعاقد المؤلف مع محيل أو ناشر بأن يرسم صورة أو ينحت تمثالا أو يضع لحنا موسيقيا أو يولف كتابا ، فما هو أثر هذا التعاقد في إلزام المؤلف بالنشر ؟ يلزم المؤلف في الأصل بإنجاز العمل الذي تعهد بالقيام به ونشره عن طريق تسليمه للمتعاهد معه ، ولكن إذا اصطدم التزامه هذا بحقه الأدبي في تقرير نشر مصنفه وجب التوفيق بين الالتزام والحق ، ويجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن تحول قوة القاهرة دون أن يبدأ المؤلف العمل أو دون أن يتمه ، وعلى المؤلف إثبات القوة القاهرة . وفي هذا الفرض يتدخل المؤلف من التزامه طبقا للقواعد العامة ، ولا يكون مستثلا حتى عن التنعيع .

(الفرض الثاني) أن يبدأ المؤلف العمل ولا يتمه ، أو يتمه ولكنه لا يرضى عنه ، دون أن تكون هناك قوة القاهرة . وفي هذا الفرض يكون للمؤلف الحق

(١) انظر أيضا فقرة ٢٢٥ - وقد يعرض فنان في أحد الممارض صورة رسمها ليعرض رأي الجمهور فيها ، ولكن دون أن يعرضها للبيع . ففي هذه الحالة لا يعتبر الفنان أنه قد قدّر نشر الصورة ، ومن ثم لا يجوز الحجز عليها (ديبوا في أنسيكلوبيدى دالوز : لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٤٦) .

في ألا يسلم العمل للمتعاقد معه ، ولا يجبر على ذلك احتراماً لحقه الأدبي في تقرير النشر . بل هو غير مكلف في أن يبدى الأسباب التي منته من البدء في العمل ، أو منته من التسليم بعد أن أتم العمل . ويمكن أن يتلوع بحقه الأدبي ، وبأنه غير راض عن القيام بهذا العمل ، أو غير راض عن العمل بعد أن أتمه حتى لو كان المتعاقد معه يراه عملاً مرضياً ويعلم أنه يقبل تسلمه كما هو دون أي تهذيب وأنه يستجيب لما يطلبه كل الاستجابة . ذلك أن المؤلف يستقل بتقديره الشخصي ، فهو وحده الذي يقرر ما إذا كان يبدأ العمل ، وإذا بدأه فهو وحده الذي يقرر إذا كان العمل قد أُنجز على الوجه الذي يرضاه ويليق بسمته ، وهذا هو معنى حقه الأدبي في تقرير نشر مصنفه^(١) . ولكنه في هذه الحالة يكون مسئولاً عن تعويض المتعاقد معه عن الضرر الذي أصاب هذا الأخير من جراء إخلال المؤلف بالتزامه طبقاً للقواعد العامة ، ولا يكون للمتعاقد معه مكلفاً بإثبات أي خطأ في جانب المؤلف حتى يكون مستحقاً للتعويض ، إذ يكفي أن المؤلف لم يسلمه العمل دون أن تحول قوة قاهرة دون ذلك : فالتزام المؤلف إذن هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية ، وعندما التزم نحو المتعاقد معه التزم التزاماً أصلياً بتسليم العمل والتزاماً بدلياً يدفع التعويض إذا اختار ذلك^(٢) .

(الفرض الثالث) أن يتم المؤلف العمل على وجه يرضيه ، ولكنه يتخذ من حقه الأدبي تكتة لعدم التسليم . وينتج للمتعاقد معه أن الذي دفع المؤلف إلى عدم التسليم هو أنه مثلاً وجد صفقة أكثر ربحاً فآثرها على الصفقة الأولى ، وتعاقد مع شخص آخر يعلم بسبق التزامه للشخص الأول . وفي هذا الفرض يكون المؤلف قد أساء استعمال حقه الأدبي ، فلا يكون مسئولاً عن التعويض فحسب ، بل يمكن أيضاً إجباره على التنفيذ العيني . ومن ثم يستطيع المتعاقد الأول أن ينزع العمل من يد المتعاقد الآخر ، ويعتبر التنفيذ العيني هو خير

(١) باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٩ - ٢٠ .

(٢) انظر في هذا المعنى ديويو في أنيسكلوبيدي دالوز ، لفظ *Prop. Lit. et Art.* فقرة ٣٤٧ (حيث يدفع إلى أن التزام المؤلف هو التزام تغيير *alternative* ، وتقرر كما عرّفنا في المتن أن يكون الالتزام بدلياً *facultative*) .

تعويض عن إساءة المؤلف لاستعمال حقّه وتواطئه مع المتعاقد الآخر (١) .

٢٣٦ - (ب) هو تقرير النشر بعد موت المؤلف : تنص المادة ١٩ من قانون حماية المؤلف على ما يأتي : « إذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، انتقل حق تقرير النشر إلى من خلفونه وفقا لأحكام المادة السابقة . وطولاء وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩ . على أنه إذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمر آخر ، وجب تنفيذ ما أوصى به » (٢) . ويتضح من هذا النص أن الذين يباشرون حقوق المؤلف الأدبية بعد موته هم ورثته والموصى لهم ، أى خلفاؤه ، فيكون لطولاء حق الاستغلال المالى ومباشرة الحقوق الأدبية في وقت واحد . ولا يوجد ما يمنع من أن يعين المؤلف شخصا أو أكثر بالذات ، من الورثة أو غير الورثة ، يعهد إليهم في مباشرة حقوقه الأدبية بعد موته ، لاعتبارات يرى المؤلف أنها تجعلهم أصلح من غيرهم في مباشرة هذه الحقوق .

وفىما يتعلق بحق تقرير النشر ، إذا مات المؤلف ولم يكن قد قرر بعد نشر مصنفه ، فإن خلفاؤه هم الذين يقررون النشر ، ومتى يكون ، وعلى أية طريقة : أى يباشرون نفس الحق الذى كان للمؤلف أن يباشره حال حياته . وهم هنا يستعملون الحق الأدبي إلى جانب حق الاستغلال المالى ، فإذا اختلفوا فيما بينهم في شأن من شؤون حق تقرير النشر ، جاز الالتجاء إلى المحكمة الكلية للبت في هذا الشأن .

ويجب على خلفاء المؤلف أن يراعوا ما يعرفون من رغبة المؤلف في صدد حق تقرير النشر ، وإذا هو ترك لم تعليمات صريحة وجب عليهم أن يلتزموها بالذلة اللازمة . فإذا كان قد أوصى مثلا بمنع النشر وجب عليهم أن يمتنعوا ، وأن يطبقوا حق المؤلف الأدبي على حقهم في الاستغلال المالى . وإذا هو أوصى بتعيين ميعاد للنشر ، أو بطريقة معينة للنشر ، أو بأى أمر آخر يتعلق بالنشر ،

(١) انظر في هذا المعنى ديبرا في أنسيكلوبيدى دالوز : *Prop. Lit. et Art.*

فقرة ٣٤٨ .

(٢) يطابق النص المادة ١٨ في المشروع الجديد في المعنى .

وجب عليهم أن يلتزموا كل ذلك . ومن حق أى منهم ، بل من واجبه ، أن يلجأ إلى المحكمة الكلية لإلزام الباقيين بمراعاة ما أوصى به المؤلف .
ويجب عليهم ، في حالة تقرير النشر ، أن يراعوا المصلحة الأدبية للمؤلف قبل أن يراعوا مصالحهم المالية . كما يجب ، في حالة عدم تقرير النشر ، أن يكون هناك مبرر جدى لذلك ، وقد بسطت عليهم رقابة حكومية في هذا الشأن من جهة الوزير المختص كما سيلي .

٢٣٧ - مباشرة الوزير النص لنشر المصنف عند امتناع خلفاء

المؤلف عن نشره : تنص المادة ٢٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :
« إذا لم يباشِر الورثة أو من يخلف المؤلف الحقوق المنصوص عليها في المادتين ١٨ و ١٩ ، ورأى وزير المعارف العمومية أن الصالح العام يقتضى نشر المصنف ، فله أن يطلب إلى خلف المؤلف نشره بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . فإذا انقضت ستة أشهر من تاريخ الطلب ولم يباشروا النشر ، فللوزير مباشرة الحقوق المذكورة بعد استصدار أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ، ويعوض خلف المؤلف في هذه الحالة تعويضاً عادلاً (١) . »

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « نصت المادة ٢٣ على حق وزير المعارف في الحلول محل هؤلاء (ورثة المؤلف أو خلفه) في مباشرة الحقوق المنصوص عليها بالمادتين ١٨ و ١٩ ، إذا لم يباشروا هذه الحقوق لمعزم أو عدم أهليتهم أو غير ذلك من الأسباب ، وكذلك إذا تولى المؤلف من غير وارث أو خلف . فيكون للوزير في هذه الحالات حق تقرير نشر المصنف الذي لم ينشر في حياة واضعه ، ما يكون له حق استغلال المؤلف استقلالاً مادياً على النحو المبين في المواد ٦ و ٧ . وقد رسم المشروع طريقة استعمال هذه الحقوق ، فنص على صورة الحصول على أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الوطنية ، ولم يغفل النص حق الورثة أو الخلف في تعويض عادل . وسكت هذا التقيد ظاهرة ، فإن في ترك المؤلفات القيمة مقبورة غير منشورة حرماناً لطلاب الثقافة من غيرها ونفعها . »

ويقابل النص المادة ٢٤ في المشروع الجديد ، وتجري على الوجه الآتي : « إذا لم يباشِر ورثة المؤلف أو من يخلفه الحقوق المنصوص عليها في المادتين ١٨ و ١٩ ، ورأى وزير الثقافة والإرشاد القومي أن المصلحة العامة تقتضى نشر المصنف ، فله أن يطلب إليهم نشره ، وذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول بين فيه المدة التي يجب أن يتم خلالها النشر . فإذا انقضت ستون يوماً من تاريخ الطلب ولم يفتض خلفاء المؤلف عن استصدارهم لقرار أو صريحاً ، يتناهم عنه ، كان له الاستيلاء على المصنف بالطرق الإدارية ونشره . ويكون له هذا الحق أيضاً إذا استجابوا في الجهاد إلى طلب النشر ولم يتوه في المدة المحددة ، أو أتموا النشر على وجه يعقل يقبته المصنف . وكل ذلك مع عدم الإخلال بحق الورثة أو الخلف في التعويض . »

ويتضح من النص سالف الذكر أن لوزير المعارف (وقد حل الآن محل وزير الثقافة) رقابة على خلف المؤلف ، عندما يمتنعون عن نشر مصنف لم ينشر في حياة المؤلف (م ١٩) ، أو عن إعادة نشر مصنف نشر في حياته (م ١٨) . فإذا رأى الوزير أن الصالح العام يقتضى نشر المصنف أو إعادة نشره ، لأن في ذلك تمعياً لخبره وتقدمه بين طلاب الثقافة ، استطاع أن يصل إلى ذلك عن طريق إجراءات معينة . وتتخلص هذه الإجراءات في أن الوزير يبدأ بطلب نشر المصنف ، ويوجه هذا الطلب إلى خلف المؤلف بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . ويرى بعد ذلك ستة أشهر ، فإذا انقضت هذه المدة ولم يباشر الخلف النشر أي لم يبدأوا فيه ، فلوزير أن يستصدر أمراً من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية بالنشر ، ويتولى هو هذا العمل على حساب الحكومة . ويكون لخلف المؤلف في هذه الحالة الحق في تمويش عادل ، تقلده المحكمة عند الخلاف .

أما في المشروع الجديد فإن المادة ٢٤ منه تنص على أحكام نبرز التفرق بينها وبين أحكام القانون الحالي فيما يأتي : (١) الطريق الذي يلجأ إليه الوزير (وهو في المشروع الجديد وزير الثقافة والإرشاد القومي) في نشر المصنف هو الطريق الإداري لا الطريق القضائي ، فلا يلجأ إلى رئيس محكمة القاهرة ، بل يستولى على المصنف بالطرق الإدارية بعد إجراءات معينة . (٢) في المشروع الجديد ، الكتاب الذي يرسله الوزير لخلف المؤلف يحدد فيه المدة التي يجب أن يتم في خلالها النشر . (٣) في المشروع الجديد ، على خلف المؤلف أن يحددوا موقفهم في خلال ستين يوماً من تاريخ الطلب الموجه إليهم ، فإن لم يجيبوا ، أو أجابوا بالنفي ، أو استجابوا إلى طلب الوزير ولكنهم لم يتموا النشر في الميعاد المحدد ، أو أتموا النشر على وجه يخل بقيمة المصنف ، كان للوزير أن يستولى على المصنف بالطرق الإدارية ويتولى نشره .

وإذا باشر الوزير نشر المصنف بعد الإجراءات المتقدم ذكرها ، سواء في القانون الحالي أو في المشروع الجديد ، كان له أن يعيد نشره كلما جدت الحاجة إلى ذلك بعد أن يتبع نفس الإجراءات .

§ ٢ - حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه

٢٣٨ - (أ) الحق في نسبة المصنف مال حياة المؤلف : تنص.

المادة ١/٩ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « للمؤلف وحده الحق في أن ينسب إليه مصنفه وفي أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق » (١) . ويتضح من هذا النص أن للمؤلف الحق في نسبة مصنفه إليه ، فيكتب اسمه ولقبه ومؤهلاته العلمية وغير ذلك بما يعرفه للناس على كل نسخة من نسخ المصنف الذى ينشره بنفسه أو بواسطة غيره ، وفي جميع الإعلانات عن المصنف (٢) . ويستتبع ذلك أن من يقتبس شيئا من مصنفه ، في الحدود المسموح بها ، يجب عليه أن يشير إلى اسمه وإلى المصنف . ويستوى في كل ذلك أن يكون هو المؤلف الوحيد للمصنف ، أو أن يكون مشتركا مع آخرين في تأليفه . وإذا كان المصنف عملا فنيا ، كتمثال أو صورة ، فللمؤلف أن ينقش اسمه على هذا العمل الفنى (٣) . وإذا اختار المؤلف أن ينشر مصنفه باسم مستعار أو بغير أن يحمل اسمه ، فإن له الحق في أى وقت في أن يكشف عن شخصيته ، وأن يعلن بالطريقة المناسبة عن أنه هو المؤلف ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (٤) .

وحق المؤلف في نسبة مصنفه إليه حق لا يجوز النزول عنه ، كسائر الحقوق الأدبية للمؤلف . وإذا تعهد المؤلف بالألا يكشف عن شخصيته ، كان تعهده باطلا ، وجاز له في أى وقت أن يكشف عن شخصيته بالرغم من هذا التعهد .

٢٣٩ - (ب) الحق في نسبة المصنف بعد موت المؤلف : وإذا مات المؤلف دون أن يكشف عن شخصيته ، فقد قلنا (٥) أنه لا يجوز تخلفه من

(١) ويطلق النص المادة ١/٩ في المشروع الجديد ، متى ولفظا .

(٢) ديبرا في أنيكلويدى فالورز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. ٣٦٦ .

(٣) وإذا نقش المهندس الممارى اسمه على البناء الذى وضع تصميمه ، جاز لملك البناء أنه يحس الاسم من المكان الذى نقش فيه إذا رأى مقتضيا لذلك ، بشرط أن ينقش الاسم في مكان آخر على نقشته (ديبرا في أنيكلويدى دالز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. ٣٦٧) .

(٤) انظر أيضا فقرة ١٩٤ .

(٥) انظر أيضا فقرة ١٩٤ .

بعده أن يكشفوا عن شخصيته ، ما لم يكن قد أذن لهم في ذلك قبل موته . فإن لم يكن قد أذن لهم ، وجب عليهم أن يبقوا اسمه مستورا كما اختار هو في حياته . أما إذا نسب المؤلف المصنف إلى نفسه حال حياته ابتداء أو بعد أن كشف عن شخصيته ، فلخلفه أن يباشر هذا الحق عنه بعد موته ، فيكتبوا اسم المؤلف على كل نسخة من المصنف تنشر بعد موته ، سواء كان النشر بواسطتهم أو بواسطة غيرهم . وقد قضت المادة ٢/١٩ من قانون حماية حق المؤلف صراحة بذلك ، إذ تقول كما رأينا : « ولهؤلاء (الخلف) وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩ » .

٣٩ - حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه

٢٤٠ - (١) الحق في دفع الاعتداء حال حياة المؤلف : تنص المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « للمؤلف وحده إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه ... ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك .. إلا بإذن كتابي منه أو ممن يخلفه » (١) . وتنص المادة ٩ من نفس القانون على ما يأتي : « للمؤلف وحده الحق في أن ينسب إليه مصنفه ، وفي أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق ، وله كذلك أن يمنع أى حذف أو تغيير في مصنفه . على أنه إذا حصل الحذف أو التغيير في ترجمة المصنف مع ذكر ذلك ، فلا يكون للمؤلف الحق في منعه ، إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير ، أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف ومكانته الفنية » (٢) .

ويتضح من هذه النصوص أن تعديل المصنف أو تحويره أو تغييره أو الحذف منه أو الإضافة إليه ، كل هذا من حق المؤلف ، يباشره بنفسه ، أو بواسطة من يأذن له في ذلك . فإذا فعل أحد شيئا من ذلك دون إذنه ، كان في هذا

(١) يطابق النص المادة ٧ في المشروع الجديد ، وتجري على الوجه الآتي : « للمؤلف إدخال ما يراه من التعديل أو التحوير على مصنفه ، وله لمن يخلفه أن يعمد إلى غيره بأن يباشر ذلك ... ويقع بالأطراف كل تصرف يرد على حقه في التعديل أو التحوير . والتصان مطابقتان للنص .

(٢) يطابق النص المادة ٩ في المشروع الجديد ، معن ولفظا .

اعتداء على حق الأديب ، وكان له أن يمنع هذا الاعتداء ، فيمنع أى حذف أو تغيير يقع بغير إذنه^(١) .

ولكن سلطة المؤلف في منع الحذف من مؤلفه والتغيير فيه - كما تقول المذكورة الإيضاحية للمشروع الجديد - « سلطة مقيدة في حالة ترجمة المصنف » . إذ في هذه الحالة لا يجوز للمؤلف ، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٩ ، أن يمنع ما قد يحدث عند ترجمة مصنفه من تغيير فيه وحذف منه ، إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير ، أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف أو مكانته الفنية . وهذا حكم عادل من شأنه ألا يحول بين المترجم وما تقتضيه الترجمة من التصرف في المصنف بنوع من الحذف أو التغيير فيه ، فأجيز ذلك بشرطين روعي فيها مصاحبة المؤلف ، وهما شرط ذكر موطن الحذف أو التغيير ، وشرط ألا يكون من شأنهما المساس بسمعة المؤلف أو مكانته الأدبية .

وكالترجمة أى اشتقاق آخر من المصنف ، كتحويل القصة إلى مسرحية أو إلى فيلم سينمائي ، فإن هذا يقتضى شيئاً من الحرية في التعديل والتغيير والتحويل يجب أن يسمح به لمن يقوم بهذا العمل ، في حدود ما تستوجبه أصول الفن المتعارف عليها^(٢) .

(١) ويجب حل الناشر إذا تولى طبع المصنف أن يطبعه دون أى تغيير فيه ، حتى لو اعتقد أن التغيير هو لمصلحة المصنف ، إذ عليه في هذه الحالة أن يستأذن المؤلف . ولا يجوز للناشر حذف أية عبارة من المصنف ، حتى لو كانت هذه العبارة تلقاً يستوجب المشولية ، إذ عليه في هذه الحالة أن يستأذن المؤلف في حذفها ، فإن لم يقبل طلب بطلان العقد فأنقذه للنظام العام (ديبوا في أنسيكلوبيدي دالوز ، لفظ Prop. Lit. et Art. - ٣٥٦ - فقرة ٣٥٧) . وحس المؤلف هذا لا يجوز الزول عنه ، كما هو الأمر في سائر حقوق المؤلف الأدبية . ومن ثم يكون ترخيص المؤلف مقدماً للناشر في إجراء أى تعديل يري إدخاله على المصنف باطلاً ، إذ يجب تحديد مواطن التعديل وإماجه باللق (ديبوا في أنسيكلوبيدي دالوز ، لفظ Prop. Lit. et Art. - ٣٦٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٢ - ولكن المسوح به هو ما يدخل في حدود ما تستوجبه أصول الفن ، ويكون باطلاً إذن ترخيص المؤلف مقدماً في إدخال أى تعديل على مصنفه عند تحويله إلى فيلم سينمائي (ديبوا في أنسيكلوبيدي دالوز ، لفظ Prop. Lit. et Art. - فقرة ٣٦٣ - وانظر عكس ذلك وأن هذا الترخيص يكون صحيحاً السين ٢٦ يولييه سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي - ١٩٣٣ - ٥٣٣) .

٢٤١ - (ب) الحق في دفع موهبته بعد موت المؤلف : فإذا مات

المؤلف ، تولى خلفاؤه ، عنه مباشرة حتى دفع الاعتداء عن مصنفه . فإذا أدخل أحد تغييراً أو تحويراً أو حلقاً أو إضافة على المصنف ، كان لم يل عليهم أن يدفعوا هذا الاعتداء . وذلك في غير ما تقتضيه الضرورة فيما قلناه متعلقاً بترجمة المصنف أو تحويله أو بالاشتقاق منه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٩ ، كما رأينا ، على حق خلفاء المؤلف في مباشرة حقه في دفع الاعتداء عن مصنفه بعد موته ، إذ تقول : « ولهؤلاء (الخلفاء) وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩ » . ولما كانت الفقرة الأولى من المادة ٧ تنص ، كما رأينا ، على أن « للمؤلف وحده إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه » ، فالظاهر أن خلفاء المؤلف لا يباشرون هذا الحق إلا في حدود الإذن للغير في الترجمة أو التحويل أو الاقتباس أو فيما تقتضيه الضرورة من جعل المصنف متمشياً مع أحدث ما استجد من تطور في العلم . أما أن يقوموا هم بأنفسهم بتعديل المصنف أو تحويره في غير ضرورة ، فيبطل أن هذا محرم عليهم كما هو محرم على غيرهم ، إذ أن ذلك هو حق شخصي للمؤلف وحده حال حياته^(١)

§ ٤ - حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول

٢٤٢ - (١) الحق في سحب المصنف حال حياة المؤلف : تنص

المادة ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « للمؤلف وحده ، إذا طرأت أسباب خطيرة ، أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مصنفه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي . ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعرض قلمه من آلت حقوق الاستغلال المالي إليه تعويضاً عادلاً ، يُلغى في غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم »^(٢) .

(١) قارن مع ذلك إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٦٣ (ويجب إلى أن الورثة الحق في إدخال التعديلات على مصنف مورثهم) . وقارن كذلك في هذا المعنى حسن كيرة في أصول القانون ص ٦٦٣ - منصور مصطفى منصور في المدخل للموسم القانونية ص ٨٦ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المبدأ : « وللمؤلف فضلاً عن ذلك حق سحب

ويتضح من هذا النص أنه . كما أن للمؤلف حق تقرير نشر مصنفه ، كذلك يكون له حق سحبه من التداول بعد أن قرر نشره^(١) . ويجب أن يستند في سحب مصنفه إلى أسباب خطيرة . أى أسباب جدية من شأنها أن تبرر السحب ، لا إلى أسباب وهمية أو أسباب ترجع إلى المزاج والملازمة . ذلك أن المصنف ، بعد نشره ، تتعلق به عادة حقوق الغير كالمناشر : فسحب المصنف والإضرار بهذه الحقوق يجب أن يبرره حق أدنى للمؤلف أقوى من الحق المالى الذى للغير . وإذا وقع خلاف في جدية الأسباب أوفى كفايتها ، تولى القضاء (المحكمة الابتدائية) حسم النزاع في ذلك . وقد يكفى المؤلف ، بدلا من سحب المصنف ، بإدخال التعديلات الجوهرية التى يرى ضرورة إدخالها عليه . وتضرب المذكورة الإيضاحية مثلا لسبب أدنى خطير يبرر سحب المصنف فتقول : « فقد يضع الكاتب مؤلفه متأثراً برأى استحوز عليه ، ثم يبدو له بعد البحث والتقصي والاطلاع أنه قد جانب الصواب في هذا وقد يكون موضوع المصنف خطيراً هاما . في مثل هذه الحالة تنقطع الصلة بين المصنف وواضعه ، فلم يعد معبراً عن حقيقة آرائه ، بل لعل وجود المصنف على هذه الصورة يفض من شخصيته ويؤذى سمعته » . وقد يرى المؤلف ، بعد نشر مصنفه والاطلاع على آراء النقاد فيه : أن المصنف قد أحدث أثراً سيئاً أضر بسمعته أو بمكانته الأدبية ، من الناحية الدينية أو الناحية

= المصنف من التداول أو تعديله تمديدا جوهرينغ تصرفه في حقوق الاستغلال المالى ، وذلك إذا طرأت أسباب أدبية خطيرة تدعو إلى ذلك (٤٢ م) . فقد يضع الكاتب مؤلفه متأثراً برأى استحوز عليه ، ثم يبدو له بعد البحث والتقصي والاطلاع أنه قد جانب الصواب في رأيه هذا وقد يكون موضوع المصنف خطيراً هاما . في مثل هذه الحالة تنقطع الصلة بين المصنف وواضعه ، فلم يعد معبراً عن حقيقة آرائه ، بل لعل وجود المصنف على هذه الصورة يفض من شخصيته ويؤذى سمعته . ولما راجحة أمثال هذه الحالات قرر المشروع حق المؤلف في سحب هذا المصنف من التداول . ولم يغفل المقتد المبرم بين المؤلف والمناشر ، فنص إلى جانب حق المؤلف في سحب المصنف من التداول على تمويض للمناشر تمويضا عادلا ، وهو كل ما يبيحه من وراء هذا التمهيد .

ويقابل النص المادة ٤٣ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان في المعنى (غير أن المشروع الجديد ينص على جواز تقديم المؤلف كفيلا بالتصويض لمن آلت إليه حقوق الاستغلال المالى) ، ويكادان يتطابقان في اللفظ .

(١) وهذا ما يسمى في القانون الفرنسى بالحق في التلم (le droit de repentir)

الأدبية أو الناحية الفنية أو أية ناحية أخرى. فيرى من الضروري أن يسحب المصنف أو أن يدخل فيه تعديلات جوهرية .
ومضى أقر القضاء المؤلف على سحب المصنف . قدر تعويضاً عادلاً للناسر أو للغير الذى تعلق له حق مالى بالمصنف ، ويجب أن يدفع المؤلف هذا التعويض مقدماً قبل سحب المصنف بالفعل . وقد يحدد القاضى أجلاً للدفع . وقد يطلب كفيلاً يضمن المؤلف . فإذا لم يدفع المؤلف التعويض فى الأجل المحدد ، زال أثر الحكم القاضى بالسحب ، ويعود المصنف مرة أخرى إلى التداول .

ويسرى حكم السحب على أى مصنف توجد أسباب مبررة لسحبه . كما إذا كان تمثالا أو صورة فنية ولاحظ الفنان بعد أن باع عمله أن فيه عيباً فنياً يحط من منزلته ومكانته . فمن حقه أن يسترده من المشتري ويرد إليه الفن الذى تقاضاه منه مع التعويض إن كان له مقتض . كما أن من حقه دون أن يسترده أن يصلح العيب الذى لاحظته فيه دون أن يطلب مقابلاً لذلك من المشتري^(١) .

٢٤٣- (ب) الحق فى سحب المصنف بعد موث المؤلف : ويبدو

أن الحق فى سحب المصنف حق شخصى محض للمؤلف نفسه : لا ينتقل منه بعد موته إلى خلفائه . فالمؤلف وحده هو الذى يستطيع أن يقدر الأسباب التى تبرر السحب . فإذا مات لم يكن لخلفائه أن يطلبوا سحب المصنف بعد أن يكون قد نشر وتعلقت به حقوق الغير المالية . ولو كان ذلك فى مقابل تعويض يدفعه الخلفاء لأصحاب الحقوق المالية . ويرجع ذلك إلى طبيعة الحق فى السحب بناء على الاعتبارات التى قدمناها . ولعل هذا هو السبب الذى دعا المشرع أن يقول كما رأينا فى صدر المادة ٤ المتعلقة بحق السحب : « للمؤلف وحده ... أن يطلب من المحكمة ... » . كذلك لم تذكر الفقرة الثانية من المادة ٩ . وهى التى تشير إلى النصوص المتعلقة بحقوق المؤلف الأدبية التى يجوز للخلف مباشرتها

(١) انظر فى أن القضاء الفرنسى لا يميز سحب المصنفات الفنية مادام مؤلف المصنف الحى قد سلمه لمن له الحق فيه ديوان أنسيكلوبيدى دالور ، لنظر Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٥٣ .

بعد موت المؤلف ، المادة ٤٧ سائلة الذكر المتعلقة بحق السحب بين هذه النصوص .

المبحث الثاني

طرق حماية حقوق المؤلف

٢٤٤ - نظام حماية حقوق المؤلف من حيث المبدأ ومن حيث

الزمان : تنص المادة ٤٩ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :
 « تسرى أحكام هذا القانون على مصنفات المصريين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في مصر . وكذلك على مصنفات المؤلفين المصريين التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي . أما مصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر لأول مرة في بلد أجنبي ، فلا يحميها هذا القانون إلا إذا كانت محمية في البلد الأجنبي : وبشرط أن يشمل هذا البلد الرعايا المصريين بحماية ماثلة لمصنفاتهم المنشورة أو المحطة أو المعروضة لأول مرة في مصر وأن تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي (١) . »
 ويتضح من هذا النص أن قانون حماية حق المؤلف يسرى : (أولاً) على المصنفات التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في مصر ، سواء كان المؤلف مصرياً أو أجنبياً ، وقد أخذ هنا بالمعيار الإقليمي . (ثانياً) على المصنفات التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي ، إذا كان المؤلف مصرياً ، وقد أخذ هنا بالمعيار الشخصي . (ثالثاً) بقيت المصنفات التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي لمؤلف أجنبي ، وهذه طائفة هامة من المصنفات ، وأكثر ما ينقل عنه في مصر هي هذه المصنفات التي ألّفها الأجانب ونشروها في بلادهم . وهذه لا يحميها القانون المصري إلا بالشروط الآتية :
 (١) أن يكون قانون البلد الأجنبي الذي نشر فيه المصنف يحمي هذا المصنف ،

(١) يقابل النص المادة ٥٠ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان في النص (فيما عدا أن المشروع الجديد لا يحمي مصنف المؤلف الأجنبي الذي نشر في بلد أجنبي إلا لمدة لا تتجاوز المدة النصوص عليها في المشروع الجديد) ، وهكادان يتطابقان في القيد .

حتى لا يقع أن المصنف لا يكون محميا في بلده ومع ذلك يحمي في مصر .
(٢) أن يحمي قانون هذا البلد الأجنبي في بلده مصنفات المصريين التي تنشر في مصر ، حتى تكون هناك معاملة بالمثل ، فلا يحمي القانون المصري في مصر مصنفات لأجنبي ما لم يكن قانون هذا الأجنبي يحمي مصنف المصريين في البلد الأجنبي . (٣) أن تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي ، فقد يتبع البلد الأجنبي بلاد عربية فلا بد أن تمتد حماية مصنفات المصريين إلى هذه البلاد العربية . وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « وأن تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي ، وذلك لأن المصنف العربي قد لا يكون معروفا في دولة أجنبية ، إلا أنه معروف في البلاد التابعة لها ، فروى حماية المؤلفين المصريين في الدول ذات الصيغة العربية التابعة للدولة الأجنبية التي تخضع لهذا السبب لتشريع هذا البلد الأجنبي » .

وتنص المادة ٥٠ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « مع عدم الإخلال بأحكام المادة السابقة : تسري أحكام هذا القانون على كل المصنفات الموجودة وقت العمل به . على أنه بالنسبة لحساب مدة حماية المصنفات الموجودة ، يدخل في حساب هذه المدة الفترة التي انقضت من تاريخ الحادث المحدد لبلده سريان المدة إلى تاريخ العمل بهذا القانون . وتسري أحكام هذا القانون على كل الحوادث والاتفاقات التالية لوقت العمل به : ولو كانت متعلقة بمصنفات نشرت أو عرضت أو مثلت لأول مرة قبل ذلك . أما الاتفاقات التي تمت قبل العمل بهذا القانون ، فلا تسري عليها أحكامه ، بل تظل خاضعة للأحكام القانونية التي كانت سارية المفعول وقت تمامها » (١) . ويتضح من هذا النص أن

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد الفقرة الأخيرة من المادة ما يأتي : « أما الاتفاقات التي تمت قبل العمل بالقانون ، فلا تسري عليها أحكامه ، بل تظل خاضعة للأحكام القانونية التي كانت نافذة وقت عقدتها ، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المادة ٣٩ الخاصة بتصيب المؤلف في الأرباح الناتجة عن استغلال المصنف زيادة على ما تم الإتيان عليه إذا كان هذا الاتفاق غير عادل أو لم تراعى في تقديره ظروف لم تكن في الحسبان » . والمادة ٣٩ التي تشير إليها المذكرة الإيضاحية لا تعرض لما نسبته إليها هذه المذكرة ، وهذا هو نصها : « تصرف المؤلف في حقوقه في المصنف ، سواء كان كاملا أو جزئيا ، يجوز أن يكون على أساس مشاركة نسبية في الإيراد الناتج من الاستغلال أو بطريقة جزائية » . والنص الذي يورد الأحكام التي تنسبها المذكرة الإيضاحية للمادة ٣٩ هو نص الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من المشروع الجديد (لا من القانون) =

تطبيق قانون حماية حق المؤلف : من حيث الزمان ، تسرى عليه القواعد العامة . ونميز في هذا التطبيق بين فرضين : (الفرض الأول) أن يكون المؤلف حيا وقت نفاذ قانون حماية حق المؤلف في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤^(١) : وفي هذا الفرض تسرى على مصنفاته أحكام القانون ، سواء نشرت هذه المصنفات منذ ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ أو نشرت قبل ذلك . ففي جميع الأحوال تحمي مصنفاته طول حياته ، وتبقى محمية بعد وفاته لمدة خمسين سنة هل الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، وكذلك تبقى محمية فيما يتعلق بالحق الأدبي إلى ما بعد خمسين سنة إلى أن تطرح المصنفات في زوايا النسيان كما سبق القول . فالمؤلف الذي كان حيا في يوم ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ ، ومات في سنة ١٩٦٠ مثلا ، تكون مصنفاته التي نشرت قبل ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ ، وكذلك تلك التي نشرت منذ هذا التاريخ إلى يوم وفاته في سنة ١٩٦٠ ، محمية طول حياته إلى سنة ١٩٦٠ ، وتبقى محمية خمسين سنة بعد ذلك أي إلى سنة ٢٠١٠ من ناحية الاستغلال المادي ، وإلى ما بعد ذلك من ناحية الحق الأدبي — (الفرض الثاني) أن يكون المؤلف قد مات قبل ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ : وفي هذا الفرض تحمي جميع مصنفاته ، أيا كان تاريخ نشرها وكلها قد نشرت بداهة قبل ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ ، إلى مدى خمسين سنة من وقت وفاته . فإذا فرضنا أنه توفي في سنة ١٩٤٠ فلن مصنفاته تبقى محمية إلى سنة ١٩٩٠ ، أو توفي في سنة ١٩٣٢ فلن مصنفاته تبقى محمية إلى سنة ١٩٨٢ ، أو توفي في سنة ١٩٠٠ فلن مصنفاته تكون قد آلت إلى الملك العام إذ يكون قد مضى في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ أكثر من

(الحال) ، ويقضى كما رأينا بما يأتي : « ومع ذلك فإذا تميز أن الاتفاق كان محضا بحق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد ، جاز التعاضد ، فيما للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يقضى للمؤلف ، علاوة على ما اتفق عليه ، بجزء من الربح الصافي الذي ينجم من استغلال المصنف » . فغير مفهوم إذن ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون الحال ، إلا إذا فرضنا أن مشروع القانون الحال كان قد تضمن نصا مماثلا لمادة ٢/٤ من المشروع الجديد ، وحلت قبل أن يصبح المشروع قانونا .

هذا وتطابق المادة ٥٠ من القانون الحال المادة ٢ من قانون إصدار المشروع الجديد في المعنى ، وتؤكد تطابقه في اللفظ .

(١) جاء في قانون الإصدار لقانون حماية حق المؤلف : « ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية » . وقد نشر في القائع المصرية في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ في العدد ٤٩ مكرور .

خمين سنة من وقت وفاة المؤلف^(١) . وهذا من ناحية الاستغلال المادي ، أما من ناحية الحق الأدبي فتبقى المصنفات محمية إلى أن تطرح في زوايا النسيان كما قلنا .

وجميع الاتفاقات كعقد النشر ، أو الحوادث كتحويل رواية إلى مسرحية أو إلى فيلم سينمائي ، التي تكون قد وقعت منذ ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٢ تسرى عليها أحكام القانون ، حتى لو كانت متعلقة بمصنفات نشرت قبل ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ . أما الاتفاقات والحوادث التي وقعت قبل ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ عن مصنفات نشرت قبل هذا التاريخ طبعاً ، فتسرى عليها الأحكام القانونية التي كانت سارية المفعول وقت وقوع الاتفاقات والحوادث : وهذه الأحكام لم تكن أحكاماً مسنونة ، بل هي الأحكام التي صدرت من القضاة الوطنيين والمختلط في حماية حق المؤلف .

(١) وإذا قدر المشروع الجديد أن يصير قانوناً ، ومدة الحماية فيه هي كما رأينا خمس وعشرون سنة بدلاً من خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف ، فزى أثر الانتقال من القانون الحالي إلى القانون الجديد يكون على الوجه الآتي : (أولاً) إذا كان المؤلف حياً وقت نفاذ القانون الجديد ، فإنه يكون محمياً في جميع مصنفاته ، أي كان تاريخ نشرها ، المدة الباقية من حياته وخمس وعشرين سنة من يوم وفاته . (ثانياً) إذا كان قد مات وقت نفاذ القانون الجديد ، فإنه يكون محمياً في جميع مصنفاته لمدة خمسين سنة من وقت وفاته - وهي المدة التي كان محمياً فيها بموجب القانون الذي كان نافذاً وقت وفاته - بشرط ألا تزيد مدة الحماية على خمس وعشرين سنة من وقت نفاذ القانون الجديد . فإذا فرضنا أن المشروع الجديد أصبح قانوناً في سنة ١٩٧٠ ، فإن مدة حماية المؤلفين الذين يكونون قد ماتوا قبل هذا التاريخ لا يجوز أن تتجاوز سنة ١٩٩٥ ، وعلى ذلك إذا كان المؤلف قد مات في سنة ١٩٦٠ أو في سنة ١٩٥٠ ، فإنه يبقى محمياً في الحالتين إلى سنة ١٩٩٥ ، بالرغم من أن حمايته لم تستغرق خمسين سنة من وقت وفاته إذ أن الحد الأقصى للحماية هو سنة ١٩٩٥ كما قلنا . أما إذا كان قد مات في سنة ١٩٣٢ ، فإنه يبقى محمياً إلى سنة ١٩٨٢ أي إلى مدة خمسين سنة من وقت وفاته ، لأنه لا يكون قد جاوز هذه المدة الحد الأقصى وهو سنة ١٩٩٥ . ويلاحظ في كل ذلك أنه لا يجوز ، في المشروع الجديد ، أن يقل مجموع مدة الحماية في جميع الأحوال عن خمسين سنة من وقت أول نشر المصنف .

ونحن في هذا إنما نقبس على حالة ما إذا قرر نص جديد مدة التقادم أقصر من المدة التي كان النص القديم قد قررها ، فإن المادة ٨ مدني تنص في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ - إذا قرر النص الجديد مدة تقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ - أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » .

وننقل الآن إلى طرق حماية حق المؤلف . وهناك طريقتان : الطريق المدني والطريق الجنائي .

المطلب الأول

الطريق المدني

٢٤٥ — **التنفيذ العيني والتعويض** : عند الإخلال بحقوق المؤلف التي بسطناها فيما تقدم ، يكون للمؤلف ، إذا سلك الطريق المدني ، حق طلب التنفيذ العيني وحق طلب التعويض .

§ ١ — التنفيذ العيني

٢٤٦ — **الإجراءات التحفظية السابقة على التنفيذ العيني** : تنص المادة ٤٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :

« لرئيس المحكمة الابتدائية ، بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه ، وبمقتضى أمر يصدر على عريضة ، أن يأمر بالإجراءات التالية ، بالنسبة لكل مصنف نشر أو عرض بدون إذن كتابي من المؤلف أو بمن يخلفه بالخالفه لأحكام المواد ٦ و ٧ (فقرة أولى) من القانون » .

« أولاً — إجراء وصف تفصيلي للمصنف » .

« ثانياً — وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته » .

« ثالثاً — توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو نسخه (كتباً كانت أو صوراً أو رسومات أو فوتوغرافيات أو أسطوانات أو ألواحاً أو تماثيل أو غير ذلك) ، وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف » .

« رابعاً — إثبات الأداء العلني بالنسبة لإيقاع أو تمثيل أو إلقاء مصنف بين الجمهور : ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلاً » .

« خامساً — حصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض بمعرفة خبير يندب لذلك إن اقتضى الحال ، وتوقيع الحجز على هذا الإيراد في جميع الأحوال » .

« ولرئيس المحكمة الابتدائية في جميع الأحوال أن يأمر بتدب غير تعاونة المخضر المكلف بالتنفيذ ، وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة » .
 « ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع إلى المحكمة المختصة في خلال الخمسة عشر يوما لصدور الأمر ، فإذا لم يرفع في هذا الميعاد زال كل أثر له » (١) .
 ويتضح من هذا النص المفصل أن المشرع وضع في يد المؤلف سلاحا فعالا لحماية حقوقه . فهو لا ينتظر حتى تفصل المحكمة في أصل النزاع بينه وبين من اعتدى على هذه الحقوق . وقد ينتظر طويلا . وقد تضع عليه للفرصة وهو في هذا الانتظار . بل أجاز المشرع له أن يلجأ في الحال - بمجرد وقوع الاعتداء على حقوقه بأن نشر مصنفه أو عرض بغير إذنه الكتابي مثلا (٢) ، أو بأن ترجم إلى لغة أخرى دون أن يأذن كتابيا في ذلك ، أو بأن اعتدى أحد على حقوقه التي بسطناها فيما تقدم بأية صورة من صور الاعتداء - إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها موطن المعتدى بعريضة يستصدر أمرا عليها بإجراءات تحفظية سريعة فعالة . وليس المؤلف وحده هو الذي يستطيع أن يفعل ذلك ، بل يستطيع كل من انتقلت إليه حقوق المؤلف من ناشر أو وارث أو موصى له .

وهذه الإجراءات التحفظية نوعان : (١) نوع يقصد منه وقف الضرر للذي أخذ ينجم من الاعتداء على حقوق المؤلف ، أي وقف الضرر مستقبلا . وهذا النوع يشتمل على الإجراءات الآتية : لإجراء وصف تفصيلي للمصنف ، ووقف نشر المصنف أو عرضه (إذا كان مسرحية مثلا أو فيلما سينمائيا أو تمثالا) أو صناعته (إذا كان أسطوانات مثلا) ، وإثبات الأداء العلني بالنفس إلى

(١) يقابل النص المادة ٤٤ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ، فيما عدا أن نص المشروع الجديد يقضى ألا تسرى على هذه الإجراءات أحكام قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية الخاصة بإساعات الإعلان وأيام الطلقات .

(٢) وقد قصت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الطبعة التي أخرجها الطاعن مقلدة من الطبعة التي أخرجها المظنون ضده تقليدا تاما وجر أمر لا يقره القانون ، فإن من شأن نشر الطاعن لطبعته وطرحها للبيع في السوق منافسة كتاب المظنون ضده ، وهي منافسة لا شك في عدم شرعيتها . ولا ينفي قيام هذه المنافسة غير المشروعة أن يكون المامون ضده قد اعتزل مهنة الطباعة والنشر وصنى أعماله فيها ، مادام كتابه ما زال مطروحا للبيع في السوق (نقض مدني ٧ يولي سنة ١٩٦٤ حصة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤٢ ص ٩٣٧) .

إيقاع أو تمثيل أو إلقاء مصنف بين الجمهور ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلاً . (٢) ونوع يقصد منه حصر الضرر الذي وقع فعلاً من جراء الاعتداء ، واتخاذ إجراءات من شأنها المحافظة على حقوق المؤلف في نحو هذا الضرر . وهذا النوع يشتمل على الإجراءات الآتية : توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو نسخه (كتباً كانت أو صوراً أو رسومات أو فوتوغرافيات أو أسطوانات أو ألواحاً أو تماثيل أو غير ذلك) وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نسخ منه (مثل الإكليشبات والحروف المجموعة والبروفات ونحو ذلك) بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف (فلا يحجز على المطبعة ولا على الحروف غير المجموعة ولا على الورق) ، وحصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض بمعرفة خبير ينتدب لذلك إن اقتضى الحال وتوقيع الحجز على هذا الإيراد في جميع الأحوال .

ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية ، في جميع ما تقدم ذكره ، أن يندب خبيراً لمعاونة المحضر المكلف بتنفيذ الإجراءات التي أصدر بها رئيس المحكمة أمراً على العريضة المقدمة إليه . ويجوز له كذلك أن يفرض على المؤلف أو خلفه أن يودع كفالة مناسبة يقدرها رئيس المحكمة .

ومتى صدر أمر من رئيس المحكمة للمؤلف أو خلفه بالإجراءات المتقدم ذكرها ، كان على المؤلف أو الخلف ، في خلال خمسة عشر يوماً من صدور أمر رئيس المحكمة ، أن يرفع أصل النزاع إلى المحكمة المختصة . فإذا لم يفعل ، أو تأخر عن اليعاد ، زال كل أثر للأمر ، وعاد كل شيء إلى أصله ، وبطل الحجز ، وعاد النشر والعرض إلى ما كان عليه قبل صدور الأمر .

٢٤٧ — النظام من الأوامر الصادر بالوجبات التعجيلية : تنص

المادة ٤٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « يجوز لمن صدر ضده الأمر أن يتظلم منه أمام رئيس المحكمة الأمر ، وفي هذه الحالة لرئيس المحكمة ، بعد سماع أقوال طرفي النزاع ، أن يقضي بتأييد الأمر : أو إلغائه كلياً أو جزئياً ، أو بتعيين حارس تكون مهمته إعادة نشر أو عرض أو صناعة أو استخراج نسخ للمصنف محل النزاع على أن يودع الإيراد الناتج في خزنة

المحكمة إلى أن يفصل في أصل النزاع من المحكمة المختصة^(١) .
ويتضح من هذا النص أن من نسب إليه المؤلف الاعتداء على مصنفه ، ولم يكن قد سمعت أقواله وقت أن استصدر المؤلف أمرا من رئيس المحكمة بالإجراءات التحفظية المتقدمة الذكر ، يجوز له أن يتظلم من هذا الأمر أمام رئيس المحكمة نفسه . وبعد أن يسمع رئيس المحكمة أقوال كل من الطرفين ، يصدر حكما في التظلم للمرفوع أمامه على أحد الوجوه الآتية : (١) تأييد الأمر السابق الصادر بالإجراءات التحفظية . (٢) إلغاء الأمر السابق في كل الإجراءات التحفظية التي صدر بها أوفى بعض هذه الإجراءات . (٣) العدول عن الأمر السابق إلى طريقة وضع الحراسة على المصنف محل النزاع . ويعين رئيس المحكمة في هذه الحالة حارسا يقوم بإعادة نشر المصنف واستخراج نسخ منه أو إعادة عرضه . وما يتجى من الإيراد يودعه الحارس خزانة المحكمة ، إلى أن يفصل في أصل النزاع من المحكمة المختصة . وفي جميع الأحوال يعتبر الحكم الصادر في التظلم حكما قضائيا حل فيه رئيس المحكمة محل المحكمة الابتدائية ، ولذلك يجوز استئناف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف^(٢) .

٢٤٨ - الحكم في أصل النزاع : وقد قدمنا^(٣) أن المؤلف أو خلفه ،

(١) يقابل النص المادة ٤٥ في المشروع الجديد ، والتصان مطابقتان متى ، ويكادان يتطابقان لفظا .

(٢) وقد نفتت محكمة النقض بأن الحكم الصادر في التظلم المرفوع طبقا لحكم المادة ٤٤ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ - وهو تقرير حكم المادة ٣٧٥ مرافعات - يعتبر حكما قضائيا حل به القاضى الأمر محل المحكمة الابتدائية ، وليس مجرد أمر ولائي ، ولذلك يكون رفع الاستئناف عن الحكم الصادر من رئيس المحكمة في التظلم إلى محكمة الاستئناف . ولا يمنع من هذا النظر ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ من أن رئيس المحكمة الابتدائية يحكم في التظلم بصفته قاضيا للأمر المستعجلة ، وذلك أن هذا الوصف لا يتفق وقصد من القانون المذكور التي تقيد بحكم مطابقتها لأصول الأحكام العامة للأوامر على العرائض أن ما عهد به المشرع إلى رئيس المحكمة هو من نوع ما عهد به إلى قاضى الأمور الوقفية . ولئن كان القاضى الأمر (رئيس المحكمة) ، وهو بصدد نظر التظلم في أمر الحجز ، لا يستطيع أن يحس موضوع الحق ، إلا أن ذلك لا يبين أن يجب عن استظهار مبلغ الجدة في المنازعة المرفوعة ، لا ليفصل في المرفوع ، بل ليفصل فيما يدير له أنه وجه السوابق في الإجراء المطلوب ، دون أن يبين حكمه على مجرد الشبهة (نقض مدني ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٢ حوجة الأحكام القضائية ١٣ رقم ١٧٢ ص ١٩٠٢) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٤٦ .

متى صدر له أمر بالإجراءات التحفظية السابق ذكرها ، يجب عليه في خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور الأمر ، أن يرفع أصل النزاع أمام المحكمة الابتدائية التي يوجد في دائرتها موطن المدعى عليه . فإذا ما طرح أصل النزاع أمام المحكمة المختصة ، فإن المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتي : « يجوز للمحكمة المطروح أمامها أصل النزاع ، بناء على طلب المؤلف أو من يقوم مقامه ، أن تأمر بإتلاف نسخ أو صور المصنف الذي نشر بوجه غير مشروع ، والمواد التي استعملت في نشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر . ولها أن تأمر بتغيير معالم النسخ أو الصور أو المواد ، أو جعلها غير صالحة للعمل . وذلك كله على نفقة الطرف المسئول ... » (١) .

ويتضح من هذا النص أن محكمة أصل النزاع ، إذا وجدت المؤلف أو خلفه على حق فيما ادعاه ، قضت له بالتنفيذ العيني . ومعنى التنفيذ العيني هنا هو تنفيذ التزام من اعتدى على حق المؤلف عينا ، فتريل المحكمة كل أثر للاعتداء . ومن ذلك أن تأمر بإتلاف نسخ المصنف المعتدى عليه أو صوره التي نشرت بوجه غير مشروع حتى تخرجها عن التداول ، وأن تأمر بإتلاف المواد التي استعملت في نشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر ، فتأمر بإتلاف الإكليشيات والحروف المجموعة والبروفات ونحو ذلك . ومن ذلك أن تأمر بتغيير معالم الصور أو النسخ أو المواد ، أو جعلها غير صالحة للعمل ، وذلك لمنعها من التداول بحالتها . وجميع ما تأمر به من ذلك يكون تنفيذه على نفقة الطرف المسئول ، لأنه هو المتسبب فيما وقع . هذا إلى أنه يجوز للمحكمة ، فوق ذلك ، أن تحكم بالتعويض على المعتدى إذا كان هناك مقتض للحكم بالتعويض .

وإذا وجدت المحكمة أن المؤلف أو خلفه ليس على حق فيما ادعاه . قضت برفض الدعوى . وبإلغاء الإجراءات التحفظية التي أمر بها رئيس المحكمة من قبل . وحكمت بالمصروفات على المؤلف أو خلفه .

٢ - التعويض

٢٤٩ - حالات ثلاثا يحكم فيها بالتعويض

(١) يقابل النص المادة ٤٦ / ٢ في المشروع الجديد ، « الإنسان متطابقان متى ولفظا

بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني . وهذه الحالات هي : (١) إذا كان حق المؤلف ينقضى بعد مدة تقل عن سنتين . (٢) إذا كان النزاع المطروح خاصا بترجمة مصنف إلى اللغة العربية . (٣) إذا كان النزاع المطروح خاصا بحقوق المؤلف المعنوية .

٢٥٠ - المادة الأولى - من المؤلف ينقضى بعد مدة تقل عن

سنتين : ينص الجزء الأخير من الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « على أنه يجوز للمحكمة . إذا كان حق المؤلف ينقضى بعد فترة تقل عن سنتين ابتداء من تاريخ صدور الحكم . وبشرط عدم الإخلال بحقوق المؤلف المتصوص عليها في المواد ١/٥ و ١/٧ و ١/٩ ، أن تستبدل الحكم بتثبيت الحجز التحفظي على هذه الأشياء . وفاء لما تنقضى به للمؤلف من تعويضات . بالحكم بإتلاف أو تغيير المعالم » . وتنص المادة ٣/٤٥ على ما يأتي : « وفي كل الأحوال يكون للمؤلف بالنسبة لدينه الناشئ عن حقه في التعويض امتياز على صافي ثمن بيع الأشياء وعلى النقود المحجوز عليها ، ولا يقدم على هذا الامتياز غير امتياز المصروفات القضائية والتي تتفق لحفظ وصيانة تلك الأشياء ولتحصيل تلك المبالغ »^(١).

ويتضح من هذه النصوص أنه يجوز للقاضي . بدلا من الحكم بالتنفيذ العيني وإتلاف الأشياء أو تغيير معالمها ، الاكتفاء بالحكم بتعويض المؤلف أو خلفه عما أصابه من الضرر بسبب الاعتداء على حقه المالي في استغلال مصنفه . فيقدر القاضي قيمة التعويض الواجب دفعه . ويقضى في الوقت ذاته بتثبيت الحجز التحفظي على الأشياء والنقود المحجوز عليها . فيتقاضى المؤلف أو خلفه التعويض المحكوم به من النقود التي حكم بتثبيت الحجز عليها (وهي الإيراد الناتج من النشر أو العرض والنسب سبق الأمر بالحجز عليه) : ومن ثمن الأشياء التي حكم بتثبيت الحجز عليها (نسخ المصنف والمواد التي تستعمل في إعادة النشر) . وحق المؤلف في تقاضي التعويض من النقود وثن الأشياء

(١) تقابل هذه النصوص المادة ٢/٤٦ أولا و ٣ في المشروع الجديد . وتتطابق النصوص في المصنف .

حق ممتاز يتقدم على حقوق الدائنين الآخرين : فيما عدا المصروفات القضائية ومصروفات الحفظ والصيانة والتحصيل .

ولكن يلاحظ في ذلك أمور ثلاثة : (١) أنه بشرط للحكم بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني أن يكون حق المؤلف المعتدى عليه لم يبق لانقضائه إلا مدة أقل من سنتين . إذ تكون قلة المدة الباقية للحماية حق المؤلف في هذه الحالة مبرراً للحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني . وهذا أجدى على كل من المؤلف والمعتدى . (٢) أن الحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني ، حتى إذا كانت المدة الباقية للحماية أقل من سنتين ، جوازي لا وجوبي . فيجوز للقاضي إذن ، حتى في هذه الحالة ، أن يحكم بالتنفيذ العيني وإتلاف الأشياء أو تغيير معالمها ، إذا كان هناك في ظروف القضية ما يبرر ذلك . (٣) أنه يجب الحكم بالتنفيذ العيني فيما إذا كان الاعتداء واقعا على الحق الأدبي للمؤلف ، من حق تقرير النشر وحق نسبة المصنف إلى المؤلف وحق المؤلف وحده في إدخال ما يرى على مصنفه من تعديل أو تحوير ومنع أي حلف أو تغيير في مصنفه .

٢٥١ - الحانة الثانية - النزاع المطروح خاص بترجمة مصنف إلى

اللغة العربية : تنص النقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « وكذلك لا يجوز الحكم بالإتلاف أو تغيير المعالم . إذا كان النزاع المطروح خاصا بترجمة مصنف إلى اللغة العربية ، بالمخالفة لحكم المادة ٨ ، ويقتصر الحكم على تثبيت الحجز التحفظي على المصنف المترجم وفاء لما تقتضيه به المحكمة للمؤلف من تعويضات » (١) .

ويتضح من هذا النص أنه إذا ترجم شخص مصنفًا موضوعًا بلغة أجنبية إلى اللغة العربية في خلال خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي ، أو ترجمه من ترجمة إلى لغة أجنبية أخرى في خلال خمس سنوات من تاريخ أول نشر للترجمة الأولى ، ولم يكن قد حصل على إذن المؤلف الأصلي والمترجم الأول ، فإنه يكون قد انتهك على حق المؤلف أو على حق المترجم الأول

(١) يقابل النص المادة ٢/٤٦ ثانيا في المشروع الجديد ، ويطلق النصان في النص -

طبقاً لأحكام المادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف . وكان مقتضى ذلك أن يقضى للمؤلف أو المترجم الأول بالتنفيذ العيني ، أى بإتلاف النسخ التى تحمل الترجمة العربية أو بتغيير معالمها . ولكن نص المادة ٤٥ / ٢ يقضى ، كما رأينا ، بالاكْتفاء بالحكم للمؤلف والمترجم الأول بتعويض دون التنفيذ العيني ، فبحكم القاضى بتثبيت الحجز التحفظى على المصنف المترجم وعلى النقود المحصلة من ثمن بيعه ، ويستوفى المؤلف والمترجم الأول حقهما فى التعويض من هذه النقود ومن ثمن بيع النسخ المحجوز عليها . ويكون هذا الحق ممتازاً طبقاً لأحكام المادة ٣ / ٤ سالفه الذكر ^(١) ، فيتقدم على جميع الحقوق الأخرى عدا المصروفات القضائية ومصروفات حفظ الأشياء وصيانتها وتحصيل المبالغ . وذلك كله رعاية لحق الترجمة إلى اللغة العربية . وحفظاً لهذه الترجمة من الإتلاف والضياع ، وتوفيقاً بين كسب حقيقته الثقافة العربية وحق ثابت للمؤلف والمترجم الأول .

وبلاحظ هنا أمران : (١) أن الحكم سالف الذكر لا يسرى فى حالة ما إذا كان المؤلف أو المترجم الأول قد قام بترجمة مصنفه . بنفسه أو بواسطة غيره . إلى اللغة العربية ، إذ تكون هذه الترجمة الأولى إلى اللغة العربية من شأنها أن تمنع ترجمة المصنف مرة أخرى إلى اللغة العربية دون إذن المؤلف . فإذا ترجم المصنف ثانياً إلى اللغة العربية دون إذن ، جاز الحكم بالتنفيذ العيني ، ولم تعد الثقافة العربية فى حاجة إلى هذه الترجمة الثانية بعد أن وجدت الترجمة الأولى . ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كانت المدة الباقية للحماية أقل من سنتين . فعند ذلك نعود إلى الحالة الأولى حيث يجوز الحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني . (٢) أن الحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني ، فى هذه الحالة الثانية التى نحن بصدددها ، وجوبى لاجوازى . على خلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن الحكم فيها بالتعويض جوازى لا وجوبى .

٢٥٢ - المادة الثالثة - النزاع المطروح خاص بحقوق المؤلف

المصطفى : تنص المادة ٤٦ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « لا يجوز بأى حال أن تكون المباني محل حجز تطبيقاً للمادة العاشرة من هذا القانون ،

(١) انظر آتفاقرة ٢٥٠ .

ولا أن يقضى بإتلافها أو مصادرتها ، بقصد المحافظة على حقوق المؤلف المعارى الذى تكون تصميماته ورسومه قد استعملت بوجه غير مشروع (١) .

ويتضح من هذا النص أنه إذا اعتدى شخص على تصميمات أو رسوم مهندس معارى ، واستعملها دون إذن فى إقامة مبنى ، فقد كان مقتضى تطبيق المادة ١٠ من قانون حماية حق المؤلف أنه يجوز الحجز على هذا المبنى ، ومقتضى تطبيق المادة ٤٥ من نفس القانون الحكم بإتلاف أو مصادرة المبنى . ولكن نص المادة ٤٦ الذى نحن بصدده يحرم هذا وذلك ، إذ المبنى يكون عادة كثير التكاليف بحيث يكون الحجز عليه أو إتلافه ومصادرته جزءا أشد بكثير من الاعتداء على تصميمات المهندس المعارى ورسومه . لذلك يجب فى هذه الحالة الاكتفاء بالحكم بتعويض للمهندس المعارى ، دون التنفيذ العيني . بل لا يجوز الحجز على المبنى لاستيفاء التعويض منه ، فليس للمهندس المعارى فى هذه الحالة الثالثة - بخلاف الحالتين الأولى والثانية - حق ممتاز فى التعويض حتى يستوفيه متعلما على غيره من ضمن المبنى . وإذا هو حجز على المبنى ، فإنما يحجز عليه كائى دائن عادى يحجز على مال مملوك للمدينة ، ويضامه فى ضمن المبنى سائر دائنى صاحب هذا المبنى .

المطلب الثانى

الطريق الجنائى

٢٥٣ - الجرائم والعقوبات المؤصلية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يعتبر مرتكبا لجريمة التقليد ، ويعاقب عليه بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه ، كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية : (أولا) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها فى المواد ٥ و ٦ و ٧/١ و ٣ من القانون . (ثانيا) من باع مصنفا مقلدا أو من أدخل فى القطر المصرى دون إذن المؤلف أو من يقوم مقامه مصنفات منشورة فى الخارج وتشملها الحماية التى يفرضها القانون . (ثالثا) من قلد فى

(١) يقابل النص المادة ٤٧ فى المشروع الجديد ، والنصان مطابقتان فى المعنى .

مضر مصنفات منشورة بالخارج ، وكلفا من باع هذه المصنفات أو صدرها أو تولى شحنها إلى الخارج^(١) .

ويتضح من هذا النص أن المشرع لم يقتصر على الطريق المدني في حماية حق المؤلف ، بل فتح أيضاً الطريق الجنائي . فجعل جريمة التقليد للمصنف (*contrefaçon*) جنحة يعاقب عليها بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه . وجريمة التقليد تتناول أخذ الأفعال الآتية : (١) الاعتداء على حقوق المؤلف المالية والأدبية كما وردت في المواد ٥ و ٦ و ٧ و ٣ و (٢) بيع المصنفات التي يعتبر نشرها اعتداء على حق المؤلف في مصر أو إدخال هذه المصنفات من الخارج إلى مصر ، وهذا وذلك دون أن يكون الشخص قد شارك في تقليدها ، بل يكفي مجرد البيع أو الإدخال في القطر المصري مع العلم بالتقليد . (٣) الاعتداء على حق المؤلف في مصنفات منشورة بالخارج ، أو بيع هذه المصنفات في مصر أو تصديرها إلى الخارج دون مشاركة في تقليدها . وتقول المذكرة الإيضاحية في صدد القصد الجنائي ما يأتي : « ولم يشترط للقانون قصداً جنائياً خاصاً ، وإنما يجب توافر القصد الجنائي العام الذي يشمل بطبيعة الحال علم البائع بتقليد المصنف ، إذ أن ذلك العلم يدخل في إدراك التهم للوضع الإجرائي المشروط في القصد الجنائي » .

٢٥٤ - المقررات التبعية : وتنص المادة ٣/٤٧ و ٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « ويجوز للمحكمة أن تقضي بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع الذي وقع بالخطأ لأحكام المواد ٥ و ٦ و ٧/ ١ و ٣ التي لا تصلح إلا لهذا النشر ، وكذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة . كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم في جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه^(٢) » .

(١) يقابل النص المادة ١/٤٨ في المشروع الجديد ، وتجري على الوجه الآتي « يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين جنهماً ولا تزيد على خمسين جنهماً كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية : (أولاً) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها في المواد ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ . (ثانياً) من باع أو عرض للبيع أو أذاع على الجمهور بأية طريقة كانت ، أو أدخل إلى أراضى لمادة أو أخرج منها ، مصنفاً مقلداً مع علمه بالتقليد . (ثالثاً) من قلده في البلاد مصنفات منشورة في الخارج وتسلطها الحماية التي يقرها هذا القانون ، وكذلك من باعها أو صدرها أو تولى شحنها إلى الخارج » .

(٢) يقابل النص المادة ٢/٤٨ و ٣ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معني ولفظاً

ويتضح من هذا النص أن القانون جعل إلى جانب العقوبة الأصلية ،
وهي الغرامة من عشرة جنهات إلى مائة جنهه ، العقوبات التبعية الآتية :
(١) مصادرة الأدوات المخصصة للنشر ولا تصلح إلا له . (٢) مصادرة
جميع النسخ المقلدة . (٣) نشر الحكم في جريدة أو أكثر تعيينا للحكمة ، على
نفقة المحكوم عليه .

٢٥٥ - حالة العود : وتنص المادة ٢/٤٧ من قانون حماية حق المؤلف
على ما يأتي : « وفي حالة العود يحكم على المخالف بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة
شهور وبغرامة لا تزيد على ثلثائة جنهه أو إحدى هاتين العقوبتين . كما يجوز
للمحكمة في حالة العود الحكم بغلق المؤسسة التي استغلها المقلدون أو شركائهم
في ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا^(١) . »

ويتضح من هذا النص أن القانون شدد العقوبة في حالة العود ، فأجاز
الحبس لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ، ورفع الحد الأقصى للغرامة إلى ثلثائة جنهه
(مع بقاء الحد الأدنى بداية عشرة جنهات) ، وأجاز الحكم بعقوبتي الحبس
والغرامة معاً أو بإحدى هاتين العقوبتين دون الأخرى .

وأضاف ، في حالة العود ، إلى هذه العقوبات الأصلية ، العقوبات
التبعية السابق بيانها ، مع عقوبة تبعية جديدة هي إغلاق المؤسسة التي استغلها
المقلدون أو شركائهم في ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا ، فلو كانت
هذه المؤسسة دار نشر مثلاً قضى بإغلاقها نهائيا أو لمدة معينة .

٢٥٦ - جريمة عدم الإبراع في دار الكتب وعقوبتها : تنص المادة
٤٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « يجب على ناشري المصنفات
التي تعد للنشر عن طريق عمل نسخ منها أن يودعوا خلال شهر من تاريخ النشر
خمس نسخ من المصنف في دار الكتب المصرية ، وفقا للنظام الذي يصدر به
قرار من وزير المعارف العمومية . ويعاقب على عدم الإيداع بغرامة لا تزيد
على خمسة وعشرين جنهه ، دون إنحلال بوجوب إيداع النسخ . ولا يترتب

(١) يقابل النص المادة ٤/٤٨ في المشروع الجديد ، وتجرى على الوجه الآتي : « وتعتبر
الجزاء المشار إليها في هذه المادة متآكلة في حالة العود » .

على عدم الإيداع الإخلال بحقوق المؤلف التي يقرها هذا القانون . ولا تسرى هذه الأحكام على المصنفات المنشورة في الصحف والمجلات النورية ، إلا إذا نشرت هذه المصنفات على انفراد^(١) .

ويتضح من هذا النص أن إيداع خمس نسخ من كل مصنف معد للنشر في دار الكتب المصرية واجب على الناشر ، والإيداع يجب أن يتم في خلال شهر من تأييد النشر ، وفقاً للنظام الذي يضعه الوزير المختص . ولا يترتب على عدم الإيداع أى إخلال بحقوق المؤلف ، وإنما يعاقب الناشر بغرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيهاً مع عدم الإخلال بوجوب إيداع النسخ المطلوبة . وإذا نشرت مصنفات في صحف ومجلات دورية ، فيكتفى بإيداع الصحف والمجلات ذاتها ، إلا إذا نشرت هذه المصنفات بعد ذلك على انفراد فيجب عندئذ إيداع خمس نسخ منها على الوجه المتقدم الذكر .

وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « أوجبت المادة ٤٨ على ناشري المصنفات التي تعد للنشر عن طريق عمل نسخ منها أن يودعوا خلال شهر من تاريخ النشر خمس نسخ من المصنف بدار الكتب المصرية وفقاً للنظام الذي يصدر به قرار من وزير المعارف العمومية ، وذلك بقصد تغذية المكتبة العامة وتمكين الدولة من مراقبة ما ينشر في البلاد من مؤلفات أدبية أو فنية أو موسيقية . ويقتصر الإيداع على المصنفات التي تستخرج منها عدة نسخ عن طريق الطبع أو أية وسيلة أخرى مشابهة ، ومن ثم فن غير المعقول تكليف من قام بصنع تمثال بأن يودع نموذجاً منه . وقد أعفيت المصنفات المنشورة في الجرائد والمجلات من واجب الإيداع ، فإذا نشرت هذه المصنفات مستقلة وجب الإيداع » .

(١) . يقابل النص المادة ٤٩ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معني (وقد ورد في المشروع الجديد : « وفقاً للنظام الذي يضعه وزير الثقافة والإرشاد القومي ») .

الفصل الثاني

حقوق أخرى على أشياء غير مادية

الحقوق المتعلقة بالرسالة وبحق المخترع

الفرع الأول

الحقوق المتعلقة بالرسالة (*)

(Droits sur les lettres missives)

٢٥٧ - ماهي الرسائل - الحقوق المشروعة التي تتعلق بها : الرسالة ورقة مكتوبة يبعث بها شخص إلى آخر ، ينقل إليه فيها خبراً أو فكرة أو ينهى إليه أمراً . وقد يقوم بإيصالها رسول : أو تقوم بذلك مصلحة البريد كما هو الغالب ، وقد يسلمها الشخص مباشرة إلى صاحبه كما لو كان هذا أصم فيجري التضام معه بالكتابة . وليس من الضروري أن تكون الرسالة ورقة مغلقة ، فقد تكون ورقة مفتوحة ، أو بطاقة بريد ، أو أصل بريدية ، أو نحو ذلك . وتفترض الرسالة وجود مرسل (expéditeur) ومرسل إليه (destinataire) . وخاصية الرسالة أنها ليست ورقة مكتوبة فحسب ، بل هي أيضاً تنقل فكر المرسل إلى المرسل إليه ، فتسجل فيها فكرة تتصل بشخص المرسل . ومن هنا تنوعت الحقوق التي تتعلق بالرسالة .

(*) مراجع : Rousseau في الرسائل والبرقيات الطلجة الثانية سنة ١٨٧٧ - Tissier

في ملكية الرسائل وحرماتها سنة ١٨٨٥ - Legris في سرية الرسائل وملكيتها وتقديمها لقضاء الطلجة الثانية سنة ١٨٩٤ - Péro في حرمة سرية الرسائل سنة ١٨٩٥ - Montagnier في الرسائل في القانون الخامس طلبة ثانية سنة ١٩٠٧ - Person باريس سنة ١٩١٠ - Jardel في الرسالة سنة ١٩١١ - Gény في الحقوق المترتبة على الرسائل جزاء سنة ١٩١١ - Valéry في الرسائل سنة ١٩١٢ - Damoisey في حقوق الورقة على الرسائل رسالة من مونبلييه سنة ١٩٢٦ - Warzburger في حاية الرسائل في القانون الألماني رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٨ .

الرسالة باسمه وكان قد قصد إرسالها إلى صاحب المتجر أى إلى المشتري (١) .
ويرتّب على أن ملكية الرسالة لا تنتقل إلى المرسل إليه إلا عند تسليم هذا
إياها النتائج الآتية : (١) أن الرسالة ، وهى فى الطريق ، تكون ملكاً للمرسل
لا للمرسل إليه . (٢) أن الرسالة إذا جوت شيئاً ذا قيمة كأوراق نقد أو أوراق
مالية ، فإن تبعة ضياعها فى الطريق تكون على المرسل لا على المرسل إليه ،
إذ أن هذا لم تنتقل إليه ملكية الأوراق قبل أن يتسلمها فتكون تبعة ضياعها على
المرسل . (٣) أنه إذا تمكن أجنبي من الاستيلاء على الرسالة وهى فى الطريق ،
كان للمرسل لا للمرسل إليه حق الرجوع على الأجنبي ليسترد منه الرسالة
أو يتقاضى منه تعويضاً عنها .

٢٥٩ - انتقال ملكية الرسالة إلى ورثة المرسل إليه : وعند موت
المرسل إليه تنتقل ملكية الرسالة إلى ورثته ، شأنها فى ذلك شأن سائر أموال
المرسل إليه ، وذلك ما لم يكن المرسل قد اشترط استرداد الرسالة عند موت
المرسل إليه أو إعدامها دون انتقالها إلى ورثته . وقد يفهم هذا الشرط فصحاً
من طبيعة الرسالة وسريتها ، أو عدم الجدوى من وجودها فى أيدي الورثة
بعد موت مورثهم . كذلك قد يوضح المرسل إليه بأن توول الرسالة إلى أخذ
الورثة بالذات أو إلى أجنبي يراه أصح من غيره بحفظ الرسالة ، فيجب فى
هذه الحالة تنفيذ وصيته . وليس للدائى المرسل إليه الاعتراض على الوصية ،

(١) ويستثنى من قاعدة انتقال الملكية إلى المرسل إليه الأحوال الآتية : (أ) إذا كانت
الرسالة موجهة إلى دواوين الحكومة ، فإنها تكون ملكاً للحكومة لا الموظف الذى أرسلت إليه .
(ب) إذا كان من تلقى الرسالة قد تلقاها باختياره نائباً عن المرسل إليه كولى أو وصى أو قيم ،
فالملك هو الأصل لا من تلقى الرسالة . (ج) إذا اشترط المرسل إعادة الرسالة إليه أو تمزيقها ،
فبعد ذلك لا تنتقل ملكيتها إلى المرسل إليه ، بل على هذا أن يردّها إلى المرسل أو أن يحرقها .
وقد قضت محكمة طنطا الكلية ، بأن ملكية الرسالة للمرسل إليه ، إلا ما استثنى فى جالة ما إذا
اشترط المرسل إليه أن يترك الرسالة بمجرد قرأتها ، أو الرسائل التى يتسلمها الموظفون فإنها تكون
ملكاً للحكومة ، والرسائل التى يتسلمها الوكيل فإنها ملك لموكله ، وكذا الرسائل التى تتعلق بشخص
تاريخي فإنها تكون ملكاً لورثته من بعده (طنطا الكلية ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢١ رقم ٣٩
ص ٥٧ - وانظر أيضاً مصر قاضي الأمور الوقفية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٥ رقم ٧٦
ص ٢٠٧) .

ولكن إذا ظهر فيما بعد أن نشر الرسالة يغفل مالا تعلقت حقوق الدائنين بهما المال إذا لم يكونوا قد استوفوها من التركة .

فإذا لم يكن شيء من ذلك ، انتقلت ملكية الرسالة إلى ورثة المرسل إليه كما سبق القول . وقد تستعصى على القسمة بين الورثة ، فتقع في نصيب أجدرهم برعايتها ، وللاّخرين الحق في أخذ صور منها إذا شاءوا^(١) .

٣٦٠ - سلطة المرسل إليه كمالك للرسالة : لما كان المرسل إليه يعتبر مالكا للرسالة كما قلنا ، فإن له عليها سلطة المالك ، فمن حقه أن يحفظ بالرسالة ، وأن يمتنع عن ردها إلى المرسل إذا طلب هذا إليه ذلك ما لم يكن قد اشترط الاسترداد ، وأن يستردها من يد أى شخص انتقلت إليه حيازة الرسالة دون رضاه . وله أن يتصرف في الرسالة بالبيع والهبة والعارية وغير ذلك من أنواع التصرفات التي تصلح لها الرسالة ، وله أخيراً أن يعدم الرسالة إذا شاء ، ولا يكون مشغولاً عن إعدامها إذ هي ملكه .

على أنه مقيد ، في سلطته على الرسالة ، بقيدتين لمصلحة المرسل : (القيد الأول) أن للمرسل كما سنرى ، الحق في السرية ، فلا يجوز للمرسل إليه أن يفشى الرسالة أو يذيعها بالرغم من سريتها ، إلا إذا حصل على إذن بذلك من المرسل . (القيد الثاني) أن للمرسل حق المؤلف على الرسالة ، كما سنرى أيضاً ، فلا يجوز للمرسل أن ينشر الرسالة أو جزءاً منها إلا بإذن المرسل^(٢) .

§ ٢ - الحق في السرية

(draft au secret)

٣٦١ - الأساس الذي يقوم عليه الحق في السرية : كان هناك رأى يذهب إلى أن الأساس الذي يقوم عليه الحق في سرية الرسائل هو ميثاق (pacte) ضمنى يقوم بين المرسل والمرسل إليه ، بموجبه يتعهد المرسل إليه بالحفاظ على سرية الرسالة فلا يذيع مشتلاتها^(٣) . ولكن هذا الأساس لا يمكن

(١) بلانويل وديير ويكار ٣ ققرة ٥٨٣ - بلانويل وديير وبولانجه ١ ققرة ٢٤٨٩ .

(٢) انظر في كل ذلك بلانويل وديير ويكار ٣ ققرة ٥٨٤ .

(٣) انظر في هذا المعنى Person ققرة ١٢٢ ص ١٠١ - من ١٠٢ - Tisserand ص ٤٢ -

Pénet ص ٦٩ وص ٧٧ - من ٧٨ وص ٨٣ - روان ٢٣ مارس سنة ١٨٦٤ ص ٦٤ -

التسليم به ، فإن الميثاق المزعوم إذا سلمنا به من جانب المرسل ، فهو محض افتراض من جانب المرسل إليه الذي لا يعرف قبل أن يفتح الرسالة مضمونها حتى يتمهد بالمحافظة على سريتها . ثم إن الرسالة قد تقع في يد الغير بمحض الصدفة أو باستيلاء الغير عليها ، فلا يمكن افتراض هذا الميثاق في هذه الحالة ومع ذلك تحتفظ الرسالة بسريتها كاملة^(١) .

لذلك عدل عن فكرة الميثاق الضمني أساسا يقوم عليه الحق في السرية ، إلى فكرة أن سرية الرسالة جانب من جوانب شخصية المرسل ، فهي حق من حقوق الشخصية (droit de personnalité) . وكما يجب احترام شخصية المرسل ، كذلك يجب احترام سرية رسالته ، فليست السرية إلا جانبا من جوانب هذه الشخصية^(٢) .

٢٦٢ - الرسائل التي تتمتع بالحق في السرية والأشخاص الذين

يجوز لهم التمسك بهذا الحق : أما الرسائل التي تتمتع بالحق في السرية فهي الرسائل التي تحمل طابع السرية (lettres confidentielles) . وقد كان القائلون بأن الميثاق الضمني هو الأساس الذي يقوم عليه الحق في سرية الرسائل يجعلون معيار « طابع السرية » معيارا شخصيا قائما على نية المرسلين ، فإذا انصرفت نيتهم إلى جعل الرسائل سرية فهذه النية هي التي تخلع على الرسالة طابع السرية . ولما عدل عن فكرة الميثاق الضمني ، عدل معها عن هذا المعيار الشخصي ، إلى معيار موضوعي يتخذ من ظروف المرسل وظروف المرسل إليه وظروف التراسل والحالة الاجتماعية التي يوجد فيها الأشخاص ما يخلع على الرسالة طابع السرية . فالرسائل التجارية تحمل غالبا طابع السرية ، وبخاصة إذا كانت الرسالة موجهة من التاجر إلى مثله يبعث فيها بتعليقات تتناول خصوصيات تجارته ، أو كانت الرسالة موجهة إلى تاجر تحمل معلومات عن حالة تاجر آخر وملاءته ومقدرته المالية وما إلى ذلك . والرسالة التي يبعث

(١) Jardel من ٢٠٣ ، وما بعدها - Gény ١ ص ١٩٧ .

(٢) Gény ١ - ٢٢٦ - أوبري ورو وبارتان ١٢ - ٢٦٠ ثالثا حاش ، مكرر - پلانول وريبير وبيكار ٣ - ٨٥٠ ص ٥٩٢ - پلانول وريبير وپولانويه ٢ - ٣٤٩٢ .

بها الموكل إلى حمايته قد تحمل طابع السرية ، ونحجبها القواعد المتعلقة بسر المهمة . وقد تحمل طابع السرية الرسالة التي تبعث بها الخطيبة لخطيبها تكشف له فيها عن بعض أسرارها العائلية . ، أو التي يبعث بها الخطيب لخطيبته بكشف فيها عن حالته المالية مثلاً أو عن بعض أسرارها العائلية . فالرسالة إذن تحمل طابع السرية أو لا تحمل حسب الظروف الموضوعية التي تحيط بالتراسل وبالمراسلين (١) . وقد تحمل الرسالة طابع السرية في بداية الأمر ، ثم تنزع لسبب مشروع كأن تقدم مستنداً أمام القضاء ، فلا تعود تحمل طابع السرية (٢) .

والأصل أن الشخص الذي يحق له التمسك بالسرية هو المرسل ، ويتمسك بها ضد المرسل إليه أو أى شخص آخر تقع في يده الرسالة . ولكن لما كانت السرية قائمة ، كما قلنا ، على وجوب احترام حقوق الشخصية ، فأى شخص يذكر في الرسالة ، سواء كان المرسل أو المرسل إليه أو أجنبياً ، بحيث يفترن ذكره بمعلومات من شأنها أن تستمد من حقوق شخصيته ما يضي على الرسالة طابع السرية ، يجوز له أن يتمسك بالحق في السرية (٣) .

٢٦٣ — **جزاء انتهاك حرمة السرية :** وطابع السرية الذي تحمله الرسالة يتضمن قيداً هاماً على ما للمرسل إليه من حق ملكية الرسالة ، فهو كمالك من حقه أن يتصرف في الرسالة كما يشاء ، ولكن بشرط أن يحترم واجب السرية فلا ينتهك حرمتها ، ولا يلغى الرسالة بحيث يكشف عن أسرار من له الحق في التمسك بالسرية على النحو الذي ذكرناه (٤) .

(١) أوبري ورو وبارتان ١٢ فترة ٧٦٠ ثالثاً ص ٢٩٢ .

(٢) أوبري ورو وبارتان ١٢ فترة ٧٦٠ ثالثاً ص ٢٩٢ - ص ٢٩٤ - أنسكلوبيدى

دالوز ٣ لفظ *let. mie.* فترة ٥٠ .

(٣) تقضى فرنسي ٢١ يولييه سنة ١٨٦٢ سيديه ٦٢ - ١ - ٣٢٦ - *Océy* ص ٢٢٣

حامش ٢ - *Planiol* و *Ripier* و *Picard* ٣ فترة ٥٨٥ ص ٥٩٥ .

(٤) : « قد قضت محكمة طعنا الكلية بأن حق الملكية في الرسائل مقيد بقيود ، منها انتقال الملكية للمرسل إليه مجردة من السر المائل الذي يبق ملكاً للمرسل ، فلا يجوز للمرسل إليه نشرها ، وليس له أن يقدم رسالة للقضاء تتضمن سراً من أسرار المرسل (طعنا الكلية ٢٧ يوتيه سنة ١٩٣٩ المأماة ٢١ رقم ٣٩ ص ٥٧ - وانظر مصر قاضي الأمور الوقفية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ المأماة ٢٥ رقم ٧٦ ص ٢٠٧) . »

ولصاحب الشأن أن يترقى أولا انتهاك حرية السرية ، عندما يرى هذه الحرمة مهددة بالانتهاك . فله أن يطلب من القضاء المستعجل منع نشر الرسالة ، أو منع تقديمها إلى القضاء ، أو منع بيعها في المراء العلني ^(١) .

فلذا انتهكت حرمة السرية فعلا ، كان أمام صاحب الشأن أن يطلب تعويضا عن انتهاك هذه الحرمة ^(٢) . بل له في حالات استثنائية ، يقوم فيها بمرر كاف ، أن يطلب إعدام الرسالة ^(٣) . ولكن ليس له أن يطلب استرداد الرسالة فقد خرجت من ملكه ودخلت في ملك المرسل إليه ، وفي إيجاب المرسل إليه على رد الرسالة انتهاك حرمة ملكه انتهاكا لا يبرره انتهاك حرمة السرية ^(٤) ،

§ ٣ - حق المؤلف

(droit d'auteur)

٣٦٤ - للمرسل من المؤلف على المرسلة : وإذا كانت الرسالة تنطوي على جانب من الابتكار ، كان للمرسل حق المؤلف عليها ، فهو الذي أنشأها وقام بجانب الابتكار فيها ^(١) .

فللرسل إذن أن يقرر نشر الرسالة ، وله أن ينشرها . وله ، دون المرسل ، حق الاستغلال المالي ، فهو وحده الذي له حق المؤلف . وله دفع

(١) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ١٧ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٤٦ - للين ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ٦١٦ .

(٢) كان ٧ فبراير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ٢ - ٢ .

(٣) انظر في هذا المعنى Oény ١ ص ٢٠٦ - عكس ذلك كان ٧ فبراير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ٢ - ٢ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

(٤) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٠ - ٢ - ٦٢٥ - Oény ١ ص ٢٠٥ . ولكن انظر في حالة موت المرسل إليه نقض فرنسي ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ٢٦٣ - اللين ١٨ يولييه سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ٢٠٦ .

(٥) Oény ١ ققرة ١٤٢ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٥٨٦ - اللين ٢٠ يولييه سنة ١٨٨٨ جازيت ص ٨٨ - ٢ - ٢١٣ (رسائل Paul Baudry) - اللين ١١ مارس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٣٥٨ (رسائل George Sand) - باريس ١٥ يونيو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٧٣ (رسائل Mérimée) .

الاعتداء عن حق الأدي في الرسالة ، كما له أن يسحبها من التداول إذا هي نشرت^(١) .

وينقل حق المؤلف من المرسل إلى ورثته^(٢) . فينتقل إلى هؤلاء حق الاستغلال المالى ، كما ينتقل إليهم الحق الأدي . وبموجب الحق الأدي يكون للورثة الحق في تقرير نشر الرسالة أو عدم نشرها : متوخين في ذلك بوجه خاص احترام إرادة المرسل صاحب الرسالة^(٣) .

٣٦٥ - تفسير حق المؤلف بملكية الرسالة المادية وبالحق في السرية :

على أن حق المؤلف الثابت للمرسل على الرسالة يتقيد بحق الملكية المادية للمرسل إليه ، وبحق السرية في الرسالة .

فتصيد حق المؤلف بحق الملكية المادية للمرسل إليه يأتي من أن أصل الرسالة يكون عادة في يد المرسل إليه ، ويملكه هذا ملكية مادية على النحو الذى ذكرناه . فلا يستطيع المرسل أن يتزع أصل الرسالة من يد المرسل إليه لنشرها إذا شاء ، إذ يجوز للمرسل إليه كما قلنا أن يمنع من رد أصل الرسالة إلى المرسل . فلا يبقى أمام المرسل : إذا شاء نشر الرسالة ، إلا أحد أمرين : إما أن يكون قد احتفظ عنده بصورة من أصل الرسالة ينشرها متى أراد ، أو أن يتفق مع المرسل إليه على تسليمه الأصل لنشره ورده إليه بعد ذلك وقد يكون هذا في مقابل مبلغ من المال^(٤) . وقد يستخلص من الظروف أن المرسل أراد أن ينقل إلى المرسل إليه ، مع ملكية الرسالة المادية ، حق المؤلف على الرسالة . فيكون للمرسل إليه في هذه الحالة حق نشر الرسالة لا باعتباره مالكا لها ملكية أدبية ، بل باعتباره متنازلا له عن حق المؤلف^(٥) . وقد يستخلص من الظروف كذلك أن المرسل قد أذن للمرسل إليه في نشر

(١) السين ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ وباريس ٢١ فبراير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١٧ - ٢ .

(٢) السين ١١ مارس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٣٥٨ - Oéay - ١ ص ٣٨١ - بلانيون وديبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٦ .

(٣) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٠ - ٢ - ٦٢٥ - السين ٢٠ مايو سنة ١٩٠٤ Le Droit ٢١ مايو سنة ١٩٠٤ .

(٤) Oéay ١ ص ٣٦٥ و ٣٧٢ - Jarde١ ص ٢٨١ - ص ٢٨٢ .

(٥) السين ٣٠ يونيو سنة ١٨٨٣ Ann. ١٨٨٧ ص ١٠٨ - ص ١١٥ (رسائل Sainte-Beuve) - ١٤ - ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٢ - ٢ - ١٧ - ولقاضي الموضوع =

للمرسلة ، دون أن يزول له بذلك عن حق المؤلف ، فيكون لكل من المرسل والمرسل إليه حق النشر ، الأول بموجب حق المؤلف ، والآخر بموجب الإذن الصادر من المرسل^(١) .

ويتقيد حق المؤلف بالحق في السرية ، إذا ثبت هذا الحق في الرسالة للمرسل إليه أو لأجنبي على النحو الذى بيناه فيما تقدم^(٢) . وعند ذلك يمنع على المرسل نشر الرسالة إلا باذن من له الحق في السرية ، وإلا كان لهذا الأخير أن يمنعه من النشر ، وإذا تم النشر دون إذنه كان له الحق في الرجوع بالتعويض^(٣) . وإذا ثبت حق النشر للمرسل إليه ، كان على هذا ألا يحل بخرمة سرية الرسالة ، سواء تعلق حق السرية بالمرسل أو بأجنبي^(٤) .

§ ٤ - الحق في الإثبات

(droit à la preuve)

٣٦٦ - قيمة الرسائل في العريجات - إمامة : كان الفقه والقضاء في مصر ، في ظل التقنين المدنى السابق ، يذهبان إلى أن للمرسل إليه أن يستخدم الرسالة كدليل لإثبات على حق يدعيه عند المرسل . ثم إن ما ورد في الرسالة إذا كان بخط المدين أو كان موقعا عليه منه يعتبر مبدءا ثبوت بالكتابة أو دليلا كاملا ، على أن يترك ذلك لتقدير القاضى ، فإن الرسالة ليست في الأصل معدة للإثبات وما يلونه المرسل فيها لا يلتزم فيه من الاحتياط ما يلتزمه في الورقة العرفية التى تعد مقبلا للإثبات فيجب أن يكون هذا محلا للاعتبار^(٥) .

== تقدير ما إذا كان المرسل قد نزل البريد إليه من حق المؤلف . ولا يعتبر عدم احتفاظ المرسل بصورة من الرسالة إلا مجرد قرينة قضائية على نزوله من حق المؤلف قد يأخذ بها القاضى في بعض القضايا ولا يأخذ بها في بعض آخر (أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ *Let. mis.* فقرة ٦٥) .

(١) السين ٢ ديسمبر سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ٣ - ١١٢ - *Océy* ١ ص ٢٧٢

وهامش ٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٦٢ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٦٣ .

(٤) السين ١١ مارس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٣٥٨ - السين دائرة المنح ١٧

ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٧٣ - *Océy* ١ ص ٢٧١ - *Plénol* و *بيير*

وبيكار ٣ فقرة ٥٩٦ ص ٥٩٦ .

(٥) انظر في تفصيل ذلك الوسيط ٢ فقرة ١٣٢ .

أما التقنين المدني الجديد فلم يترك الأمر إلى تقدير القاضي ، بل نص في المادة ١/٣٩٦ منه على أن « تكون الرسائل للموقع عليها ورقة العرفية في الإثبات » . وقد سلب القاضي بهذا النص حريته في التقدير ، فلم يعد يستطيع ، إذا رأى المرسل لم يحط في رسالته ، أن يرفع عن الرسالة حجيتها أو أن يقتصر من هذه الحجة كما كان يستطيع في ظل التقنين المدني السابق . فهي كانت الرسالة موقعة من المرسل ، استوفت شرائط الورقة العرفية ، وثبت لها قيمة الدليل الكامل . فهي حجة على المرسل من حيث صلورها منه ، إلا أن ينكر توقعه أو خطه . وهي أيضاً حجة على المرسل بصحة المدون فيها ، إلا أن يثبت العكس بالطرق المقررة . وهي أخيراً حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانوني الذي تشهد به الرسالة ، على أن له أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التي يسمح بها القانون^(١) . أما إذا كانت الرسالة غير موقعة ولكنها مكتوبة بخط المرسل ، فهي تصلح مبدأً لثبوت بالكتابة .

ونحيل في تفصيل ذلك إلى ما قدمناه في الجزء الثاني من الوسيط^(٢) .

٣٦٧ - متى يجوز للمرسل إليه أنه يمتنع بالرسالة - إمانه :

والأصل أن للمرسل إليه ، كما قلنا ، أن يقدم الرسالة إلى القضاء ليستخلص منها دليلاً لصالحه ضد المرسل ، متى كانت له مصاحبة مشروعة في ذلك . فإذا تضمنت الرسالة اتفاقاً تم بينه وبين المرسل ، أو التزاماً تعهد به المرسل ، أو مخالصة أو إبراء أو إقرار أو نحو ذلك ، كان للمرسل إليه مصاحبة مشروعة في أن يقدم الرسالة دليلاً للإثبات . وكذلك إذا تضمنت الرسالة جرمعة في حق المرسل إليه ، كتهديد أو احتيال أو قذف أو سب^(٣) . على ألا يكون في كل

(١) « والتي لا يزال يفرق في نظرنا بين الرسالة الموقعة والورقة العرفية لمدة للإثبات ، حتى في ظل التقنين الجديد ، هو أن القاضي عند تفسيره العبارات الواردة في الرسالة الموقعة - إذا كانت هذه الرسالة لم تعد مقدماً للإثبات ويندر أن تعد لهذا الغرض في غير المسائل التجارية - لابد أنه ملز بلا إلى أن كاتب هذه العبارة لم يصطنع الحيلة المألوفة منه من يقصد أن يرتبط بمباراته ارتباطاً قانونياً ، فيفسر الرسالة بما يتلاءم مع الجو الذي كتبت فيه » (الوسيط ٢ فقرة ٩٣٢ ص ٢٦٠) .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ١٣٢ ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ .

(٣) أدبيري ورو وبارتوان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثاً ص ٢٨٨ .

هذا انتهاك لحزمة السرية ، وإلا لم يجوز للمرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء ، ويجاز للمرسل أن يطلب استبعادها وأن يرجع بالتعويض . ويتنقل حق المرسل إليه في الرسالة كدليل لإثبات إلى ورثته من بعده ، فلم يستباحها كخلف له في نفس الحدود التي يجوز فيها ذلك للمرسل إليه : لمصلحة مشروعة وبشرط عدم انتهاك حرمة السرية .

ونحيل في تفصيل ذلك إلى ما قلناه في الجزء الثاني عن الوسيط^(١) .

٢٦٨ - متى يجوز للغير أنه يحجج بالرسالة - إمامة : ويجوز كذلك للغير ، إذا كانت له مصلحة مشروعة ، أن يحجج بالرسالة ، كأن تتضمن الرسالة إقرارا من المرسل ببد الغير ، أو تتضمن اشتراطا لمصلحة هذا الغير . ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة ليس مستمداً من أنها ملك للمرسل إليه و من أنه في الاحتجاج بها إنما يستعمل ملكه ، ولكنه مستمد من أن الرسالة تنطوي على دليل لإثبات . ويتبين من ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة مستمد لا من حق الملك ، بل من الحق في الإثبات^(٢) . وهو حق ضيق في التشريع المصري ، فإن المادة ٢٥٣ مرافعات لا تجيز للخصم - وهو هنا الغير - أن يطلب إلزام خصمه - وهو هنا المرسل إليه إذا كانت الدعوى قائمة بينه وبين الغير - بتقديم أية ورقة متنتجة في الدعوى ، ومن ذلك الرسالة التي تتضمن دليلاً لمصلحة الغير ، إلا إذا كانت الرسالة محررة لمصاحبة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة أو استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى . ويجب فوق ذلك ألا يكون في تقديم الرسالة انتهاك لحرمة السرية ، وإلا وجب أيضاً استئذان المرسل قبل تقديمها ، هذا ما لم يكن للمرسل نفسه هو الخصم الذي طلب تقديم الرسالة .

وهذا كله لو كانت الرسالة في يد المرسل إليه كما هو الغالب . ولكنها قد تقع في يد الغير الذي له مصلحة مشروعة في الاحتجاج بها . فإن وقعت في يده بطريقة غير مشروعة ، كأن كان قد أخذها خلسة أو احتيالا ، لم يجوز له تقديمها بتاتا ، وإذا قدمها وجب استبعادها . أما إذا وقعت في يده بطريقة مشروعة ،

(١) الوسيط ٢قرة ١٣٣ .

(٢) أدبى دور وبارتان ١٢ ققرة ٧٦٠ ثالثا هاش ٤ مكر - Océy ٢ ص

٨٨ - فلانيل وديير وبيكار ٣ ققرة ٥٨٧ .

فلا يجوز له كذلك تقديمها إلا بإذن المرسل إليه مالك الرسالة ، ما لم يكن له فيها حق الإثبات في الأحوال التي قلناها فيجوز له تقديمها عندئذ بغير إذن للمرسل إليه .

وفي جميع الأحوال لا يجوز تقديم الرسالة إذا كان في تقديمها انتهاك لحرمه السرية إلا بعد استئذان المرسل ، ولا تعتبر الرسالة سرية بمجرد أنها موجهة لشخص غير الذي يحتاج بها ، بل السرية ترجع إلى موضوع الرسالة نفسه كما قلنا ، وقاضى الموضوع هو الذي يقدر ذلك .
ونحيل في تفصيل ذلك إلى ما قلنا في الجزء الثاني من الوسيط^(١) .

الفرع الثاني

حق المخترع

أو الملكية الصناعية

(droit d'inventeur-droit de propriété industrielle)

٣٦٩ - الأنواع الرئيسية لـ حق المخترع أو الملكية الصناعية : بعد هذا الموضوع عادة من موضوعات القانون التجارى ، لذلك نوجز القول فيه هنا فنستلم به صورة الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية المتعلقة بالفكر ، تاركين الملكية التجارية فهي من أخص موضوعات القانون التجارى وهي فوق ذلك لا تتعلق بالفكر .

والأنواع الرئيسية لـ حق المخترع ، أو لما يسمى عادة بالملكية الصناعية :
ثلاثة : (١) براءات الاختراع (brevets d'invention) . (٢) الرسوم والنماذج الصناعية (dessins et modèles) . (٣) العلامات والبيانات التجارية (marques de fabrique et mentions commerciales) .

ونفرد براءات الاختراع لأهميتها بمبحث ، وفي المبحث الثاني نجمع سائر أنواع الملكية الصناعية من رسوم ونماذج صناعية ومن علامات وبيانات تجارية^(٢) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ١٣٤ - وانظر في قوة البرقية في الإثبات الوسيط ٢ فقرة ١٣٥ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات =

١- الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية - وهو القانون الذي أعقب القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩

الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ومجموع القانونين ينتظم أهم التشريعات الخاصة بما يسمى بالملكية الصناعية - ما يأتي : « دعت ضرورات النهوض بالصناعة والتجارة إلى تنظيم حماية الملكية الصناعية . فأخذت الدول منذ قديم القرون التاسع عشر تضع انظم وتن القوانين التي تكفل تحقيق الحماية على الوجه الأكل للعناصر الثلاثة الرئيسية للملكية الصناعية ، وهي العلامات التجارية وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية . ولم يقتصر نشاط الدول في هذه الناحية على التشريعات الداخلية ، بل أدى التطور الاقتصادي والتنافس التجاري إلى تنظيم دول للملكية الصناعية . فوضعت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية في ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ ، ثم عدلت في مؤتمرات بروكسل في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ وواشنطن في ٢ يونيو سنة ١٩١١ ولاهاي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ولندن في ٢ يونيو سنة ١٩٣٤ ، كما أنشئ في برن المكتب الدولي لحماية الملكية الصناعية . وظلت حصر منه بد ، حركة التفتين الحديث فيها بمنزل عن تلك الحركة المالية ، فخلا التشريع المصر من الخصوص المنظمة لهذا النوع من الملكية . وكل ما هناك أن المجموعة المدنية الأهلية (١٨٨٣) قد خصت في المادة ١٢ منها على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » . ولا مقابل لهذا النص في المجموعة المدنية المخططة (سنة ١٨٧٥) . وكذلك نص قانون العقوبات المصري على الجزاءات الخاصة بهذا الشأن في المواد ٣١٨ و ٣٤٩ و ٣٥٠ . ولما كان القانون المشار إليه في المادة ١٢ لم يصدر بعد ، فقد ظلت النص من الخناقة معلقة . ولذا هذا النقص في التشريع لم يكن به من أن يرجع القضاء المخطط إلى مبادئ العدالة والقانون الطبيعي لتقرير حق المبتكر وتحديد نطاقه ، مستنداً على المبادئ المسجلة في القانون والمفاهيم والاتفاقيات الدولية . ووضعت في المراكز المخططة نظام إداري لتسجيل الاختراعات بطريق الإيداع في قلم الكتاب ، بنية الوصول إلى نوع ولو يسير من الحماية القائمة على أساس من القانون الطبيعي . ولما كان هذا النظام يقصر عن تحقيق حماية الملكية الصناعية بالأوضاع المألوفة ، فقد أخذت مصر تأخير الحركة العالمية ، وأسدرت القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، ولا يزال مع هذه الخطوة نقص في التشريع المصري فيما يخص الملكية الصناعية يبنى سده بحماية الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية . ومن ثم لمصر ذلك أمكنها أن تنضم للاتفاقية الدولية لحماية الملكية الصناعية ، وأن تشارك تبعا لذلك في المكتب الدولي ببرن » .

هذا وإلى جانب اتفاقية باريس الدولية للمبرمة في ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ والمشار إليها في المذكرة الإيضاحية سالفة الذكر يوجد :

- (١) معاهدة مدريد (ولائحتها التنفيذية) الخاصة بالتسجيل الدولي للعلامات التجارية الصناعية والمبرمة في ١٤ أبريل سنة ١٨٩١ ، وقد عدلت الاتفاقية في بروكسل في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ ، وواشنطن في ٢ يونيو سنة ١٩١١ ، ولاهاي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ، ولندن في ٢ يونيو سنة ١٩٣٤ - (٢) معاهدة لاهاي (ولائحتها التنفيذية) الخاصة بالإيداع الدولي لرسوم النماذج الصناعية والمبرمة في ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ، والمعدلة في لندن في ٢ يونيو سنة ١٩٣٤
- (٣) معاهدة مدريد الخاصة بفتح بيانات المصدر غير المطابقة للحقيقة الموضوعة على البضائع والمبرمة في ١٤ أبريل سنة ١٨٩١ ، والمعدلة في واشنطن في ٢ يونيو سنة ١٩١١ ، ولاهاي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ، ولندن في ٢ يونيو سنة ١٩٣٤ .

المبحث الأول

براءات الاختراع (*)

٢٧٠ - حق المخترع ومجوب حمايته : قلنا^(١) أن حق المخترع ، كحق المؤلف ، ليس حق ملكية ، بل هو حق عيني أصلي يقع على شيء غير مادي ، فهو إذن حق عيني أصلي منقول .

وكما وجبت حماية حق المؤلف ، وجبت كذلك حماية حق المخترع ، فالحقان ثمرة من ثمرات الفكر والابتكار . بل إن حماية حق المخترع سبقت في التشريع المصري حماية حق المؤلف ، إذ صدر القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ خاصة ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، وقد عدل بالقانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٥٥ . وصدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بالقرار الوزاري رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٥١ ، وقد عدل هذا القرار بالقراءات رقم ٢٧١ لسنة ١٩٥٣ ورقم ٣٩٠ لسنة ١٩٥٥ ورقم ٤٩ لسنة ١٩٥٨ ورقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠^(٢) .

= وقد وافقت مصر على هذه الاتفاقيات جميعا بالقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٠ . ثم صدر مرسوم في ٢١ مايو سنة ١٩٥١ بإصدارها والعمل بها اعتبارا من أول يولييه سنة ١٩٥١ فيما يتعلق باتفاقية باريس ، واعتبارا من أول يولييه سنة ١٩٥٢ فيما يتعلق بالاتفاقيات الأخرى .

(٥) مراجع : Pouillet في براءات الاختراع الطبعة السادسة - *Claro, Taillefer*

سنة ١٩١٥ - *Allart* في براءات الاختراع الطبعة الثالثة سنة ١٩٣١ - *Wienmann, Moureaux* الطبعة الثانية سنة ١٩٤٩ - *Casalouga* جزءان سنة ١٩٤٩ .

(١) انظر ألفا فقرة ١٦٦ في آخرها .

(٢) سبق القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية صدور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، وفي ملين القانونين تجسدت العناصر الثلاثة لما يسمى بالملكية الصناعية : العلامات والبيانات التجارية ، وبراءات الاختراع ، والرسوم والنماذج الصناعية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع في هذا الصدد : « أما مصر فقد بدأت في سنة ١٩٣٩ بتشريع مستقل للعلامات والبيانات التجارية . وقد رؤى في التشريع المرافق للجميع في قانون واحد بين المنصرين الباقين ، وهما الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية لما بينهما من علاقة تدوخ هذا الجميع ، لأن كلا من المنصرين إن هو إلا إنتاج فكري يستخدم في الصناعة ، إذ تقوم براءات الاختراع لحماية الصناعة من -تها- كما يقوم تسجيل الرسوم والنماذج -

ويمثل حق المخترع في براءة اختراع تمنح له متى استوفى حقه الشروط الواجبة ، وتسجل هذه البراءة فيصني التسجيل عليها حماية تفرض واجبات وحقوقا لصاحب البراءة ، وقد نظم القانون فوق ذلك طرقا حاسمة لهذه الحماية . فتتكمّل في هذه المسائل الثلاث : (١) الشروط الواجب توافرها في حق المخترع لمنح براءة الاختراع . (٢) واجبات صاحب البراءة وحقوقه . (٣) طرق حماية براءة الاختراع .

§ ١ - الشروط الواجب توافرها في حق المخترع لمنح براءة الاختراع

٢٧١ - شروط أربعة : تنص المادة الأولى من القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية على ما يأتي : « تمنح براءة اختراع ، وفقا لأحكام هذا القانون ، عن كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي ، سواء أكان متعلقا بمنتجات صناعية جديدة أم بطرق أو وسائل صناعية مستحدثة أم بتطبيقات جديدة لطرق أو وسائل صناعية معروفة » . ويخلص من هذا النص أن الشروط الواجب توافرها في الاختراع لمنح براءة تحميه هي : (أولاً) أن ينطوي الاختراع على ابتكار . (ثانياً) أن يكون هذا الابتكار جديداً . (ثالثاً) أن يكون هذا الاختراع المبتكر الجديد قابلاً للاستغلال الصناعي . (رابعاً) وهذا شرط سنراه في المادة الثانية من نفس القانون ، ألا يكون في الاختراع إخلال بالآداب أو بالنظام العام .

٢٧٢ - الشرط الأول - أنه ينطوي الاختراع على ابتكار : وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه حماية حق المخترع ، فلولا هذا الابتكار

« الصناعية لحاية الفن التطبيق في الصناعة ، ومناط الحماية بالنسبة إلى كل منها هو عنصر الابتكار والجددة . وقد ، وعيت في المشروع المرافق أحكام الاتفاقية الدولية للملكية الصناعية باعتبارها نظاماً مغطياً يمتد إلى وحدا أدنى يجب التزامه في التشريع للتعامل ، حتى إذا ما انضمت مصر إلى الاتفاقية كان تشريعها متسقاً وأحكام الاتفاقية المذكورة . كذلك أخذ المشرع بالمبادئ المقررة في التشريعات الحديثة ، وخاصة التشريع السويسري (سنة ١٩٠٧) والتشريع الإيطالي (سنة ١٩٢٤) والتشريع الألماني (سنة ١٩٣٦) والتشريع الفنلندي (سنة ١٩٤٣) ، ولم ينفذ مع ذلك ماعاة ظروف الحياة ومسايرة أحوال النهضة الصناعية »

الذى يتطوّر عليه الاختراع لما استحق الحماية ، فتحق الحق الممنوع إنما هو ثمرة من ثمار فكر الإنسان وابتكاراته . ولا يراد بالابتكار أن يكون ابتداءاً رائعاً ، بل يكفى أى قدر من الابتكار أياً كانت قيمته . وللمهم أن يكون شيئاً غير معهود من قبل ، وقد ابتدعه فكر الإنسان . فاختراع آلة جديدة ، أو مادة كيميائية جديدة للقضاء على مرض من أمراض المحاصيل الزراعية ، أو دواء جديد لعلاج مرض من أمراض الإنسان أو الحيوان ، أو وسيلة نقل جديدة لم تكن معروفة من قبل ، أو صيغة جديدة تلون بها الأقمشة أو الشعر ، أو أمواس حلقة جديدة غير الأمواس المعروفة في الأسواق : ونحو ذلك ، كل هذه اختراعات تتطوّر على ابتكار ، وهى كلها تتعلق بمنتجات جديدة أو وسائل مستحدثة . وقد لا يكون الاختراع متعلقاً بمنتجات جديدة أو وسائل مستحدثة ، ولكن بتطبيق جديد لطرق معروفة من قبل ، كجعل جهاز التسخين صالحاً كجهاز للتبريد في وقت واحد : واستخدام الكهرباء لنقل الصوت بطريق للتلفون والراديو ، أو نقل الصورة والضوء بطريق التلفزيون . كل هذه اختراعات تتطوّر على قدر من الابتكار يتفاوت قوة وضعفاً ، ولكنه ابتكار على كل حال ، ومن ثم يستحق الحماية .

٢٧٣ - الشرط الثانى - أنه يكون الابتكار جديداً : والغرض من أن يكون الابتكار جديداً ليس هو مجرد تكرار لشرط الابتكار ، فكل ابتكار يستحدث جديداً كما قلنا . ولكن المقصود أن يكون هذا الابتكار الذى استحدث جديداً لم يكن معروفاً من قبل . بل يكون المخترع الذى يطلب براءة الاختراع قد سبق غيره في التعريف بهذا الاختراع . وقد حددت المادة ٣ من قانون براءات الاختراع المعنى المقصود بالجدّة في هذا الصدد ، فقالت : « لا يعتبر الاختراع جديداً كله أو جزء منه في الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان في خلال الخمسين سنة السابقة لتاريخ تقديم طلب البراءة قد سبق استعمال الاختراع بصفة علنية في مصر ، أو كان قد شهر عن وصفه أو عن رسمه في نشرات أذيعت في مصر وكان الوصف أو الرسم الذى نشر من الوضوح بحيث يكون في إمكان ذوى الخبرة استغلاله . (٢) إذا كان في خلال الخمسين سنة السابقة على تاريخ تقديم طلب البراءة قد سبق إصدار براءة من الاختراع أو عن

جزء منه لغیر المخترع أو لغیر من آلت إليه حقوقه ، أو كان قد سبق للغیر أن طلب براءة عن الاختراع ذاته أو عن جزء منه في المدة المذكورة .
فالجدة هنا معناها إذن سبق إلى التعریف بالاختراع (١) .

٢٧٤ - الشرط الثالث - أنه يكون الاختراع قابلاً للاستغلال

الصناعي : والمقصود بالاستغلال الصناعي ليس هو المعنى الضيق من هذه العبارة ، بل كل استغلال اقتصادي ولو لم يكن صناعياً . فتدخل الاختراعات الصناعية والاختراعات في ميادين الزراعة والتجارة والصناعات الاستخراجية كالمناجم والمحاجر ، ولكن لا يدخل استنبات محصول جديد في الزراعة أو نوع جديد من البلور .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع في هذا الصدد ما يأتي : « ولا يقصد بعبارة الاستغلال الصناعي قصر استخدام الاختراع على الصناعة بالمعنى الضيق ، بل ذلك يتناول الصناعة بمعناها الأعم ، ومنها استخدام الاختراع (آلة جديدة مثلاً) في الزراعة والصناعات الاستخراجية كالمناجم والمحاجر . ولا يتناول النص المنتجات الزراعية في ذاتها كاستنبات نوع جديد من البلور أو المحاصيل ، فإن هذا لا يعتبر اختراعاً يشمل القانون

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع : « وقد اعتلفت التشريعات في تحديد معنى الجدة اللازمة للحصول على براءة الاختراع ، ويمكن تقسيمها في هذا الصدد إلى ثلاث شعب : (الشعبة الأولى) تعتبر الإختراع فائداً عنصر الجدة إذا كان قد نشره قبل طلب البراءة نشرًا كافياً لتنفيذه ، سواء أحصل هذا النشر داخل الدولة أم خارجها (قوانين فرنسا وسوريا ولبنان وبوليفيا والبرازيل وشل) . (الشعبة الثانية) لا تعتبر النشر أو الاستعمال السابق على تقديم طلب البراءة قاضياً على عنصر الجدة إلا إذا كان قد حصل النشر أو الاستعمال في داخل الدولة ذاتها (قوانين إنجلترا واليابان والنرويج وسويسرا) . (الشعبة الثالثة) تميز بين النشر عن طريق المطبوعات وطرق النشر الأخرى كالاستغلال والعرف .. إلخ ، وتعتبر مجرد النشر عن طريق الطباعة قاضياً على عنصر الجدة سواء أحصل في الخارج أم في الداخل ، أما النشر بالطرق الأخرى فلا يكون له ذلك الأثر إلا إذا تم في داخل الدولة (قوانين ألمانيا وفرنسا ويوغوسلافيا) . وقد سائر المشروع المبدأ السائد في قوانين دول الشئمة الثانية ، فأخذ نص المادة الثالثة من المادة السابعة من القانون الإنجليزي مع تعديلها بما يوافق وجهته في عدم الأخذ بالنظام الإنجليزي الذي يتطلب الفحص السابق . فيقتضي المشروع يعتبر عنصر الجدة متوافراً إذا لم يكن قد نشر عن الاختراع في مصر ، وفي هذه الحالة تشجيع لطلب براءات في مصر عن اختراعات جرى النشر عنها في الخارج حتى تشجيع البلاد في نهجها الصناعية من الاختراعات الأجنبية » .

بالحماية . وذكر عبارة الاستغلال الصناعي مقصود به استبعاد الابتكارات النظرية البحتة ، ككشف قانون جديد للجاذبية أو الكثافة . وإذن فالعالم الذى يكشف عن نظرية علمية جديدة لا يجوز أن يطلب عنها براءة اختراع . وعلى الحملة فإن قصد المشروع هو حماية المنتجات والطرق الصناعية الجديدة ، وكذلك التطبيق الجديد لهذه الطرق .

وقد سميت النظريات العلمية البحتة التى لم تعد للاستغلال الاقتصادى بالملكية العلمية (propriété scientifique) . وهذه لم يصل القانون إلى اليوم إلى الحد الذى يضمن فيه على هذه النظريات الحماية التى يضمنها على حق المؤلف أو حق المخترع .

٢٧٥ - الشرط الرابع - أن يكون فى الاختراع إغول بأدب

أو بالنظام العام : وفى خصوص هذا الشرط تنص المادة ٢ من قانون براءات الاختراع على ما يأتى : « لا تمنح براءة اختراع عما يأتى : (أ) الاختراعات التى ينشأ عن استغلالها لإخلال بالأدب أو بالنظام العام . (ب) الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية ، إلا إذا كانت هذه المنتجات تصنع بطرق أو عمليات كيميائية خاصة ، وفى هذه الحالة الأخيرة لا تنصرف البراءة إلى المنتجات ذاتها بل تنصرف إلى طريقة صنعها » .

ويخلص من هذا النص أن أى اختراع ينشأ عن استغلاله لإخلال بالأدب أو بالنظام العام لا يجوز أن تمنح عنه براءة اختراع . فمن اختراع آلة للمقامرة ، ومن كشف عن عقاقير تصنع بعمليات كيميائية خاصة ويكون الغرض منها الإجهاض ، ومن صنع جهازا يكون الغرض منه منع فض البكارة فى أثناء الاتصال الجنسى ، ومن صنع أجهزة لتسلق الحيطان ونقها خفية للتمكن من السرقة ، كل هؤلاء يكونون قد وصلوا إلى الكشف عن اختراعات فى استغلالها لإخلال بالأدب أو بالنظام العام ، فلا يجوز أن تمنح لهم براءات عن هذه الاختراعات .

وكل اختراع كيميائى يتعلق بالأغذية . وكل العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية ، لا يجوز أن يحكرها مخترعوها ، فهى ملك شائع للجميع لضرورتها

لتفذية الجسم ولصحته . فلا يجوز أن يمنع عنها براءات اختراع ، لمخالفة ذلك للنظام العام . والمنوع هنا هو منح براءة اختراع عن المنتجات ذاتها ، من منتجات كيميائية متعلقة بالأغذية ومن عقاقير طبية ومركبات صيدلية . أما إذا كانت هذه المنتجات تصنع بطرق أو عمليات كيميائية خاصة كشف عنها المخترع ، فإنه من الممكن أن يمنح براءة اختراع عن العمليات الكيميائية الخاصة التي كشفها . ولكن لا يمنح براءة اختراع عن الأغذية والعقاقير والمركبات ، فهذه يجوز للجميع إنتاجها بأية طريقة . بشرط ألا تكون الطريقة أو العملية الكيميائية الخاصة التي منحت لها براءة الاختراع (١) .

§ ٢ - واجبات صاحب براءة الاختراع وحقوقه

٢٧٦ - إجراءات الواجب اتباعها للحصول على براءة الاختراع

وقد بدأ في السجل الخاص : تنص المادة ١٥ من قانون براءات الاختراع على أن « يقدم طلب البراءة من المخترع أو ممن آلت إليه حقوقه إلى إدارة براءة الاختراع ، وفقا للأوضاع والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية . ولا يجوز أن يتضمن طلب البراءة أكثر من اختراع واحد » (٢) . ويرفق

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع في هذا الصدد ما يأتي : « وقد أشارت المادة الثانية إلى أنواع معينة من الاختراعات لا تمنح لها براءات لأسباب تتعلق بالأداب أو النظام العام أو الصحة العامة . وهذا تمتش مع الاتجاه للتشريعي العام (القانون السويسري ٢ - والقانون الفرنسي ٢ - والقانون الفنلندي ١٤) . فلا تمنح براءات عن الاختراعات التي ينشأ عن استغلالها إخلال بالأداب أو بالنظام العام ، ولا عن الاختراعات التي تتعلق بالأغذية أو بالعقاقير الطبية أو بالمركبات الصيدلية ، لما في احتكار إنتاج هذه المواد من إضرار بالصحة العامة . ومع ذلك فالمنح الخاص بهذه الاختراعات للكيميائية المنصوص عليها في المادة ٢ (فقرة ب) لا ينصرف إلا إلى المنتجات ذاتها ، لا إلى طريقة صنعها . وفي الأغذ ب نظام منح البراءة عن طريقة صنع المواد الكيميائية ، لا عن المنتجات الكيميائية ذاتها ، تشجع الصناعات الكيميائية ، مؤد لازدهارها ، وهذه هي الطريقة التي اتبناها المشرع الألماني . وفي كل ذلك توفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمخترع . كذلك لا تنطبق براءة الاختراع عن الخلط والوسائل الخاصة بالشؤون المالية وشؤون الائتمان » .

(٢) وتنص المادة ٥ من قانون براءات الاختراع على ما يأتي : « للأشخاص الآتي ذكرهم حق طلب براءات الاختراع : (١) المصريين . (٢) الأجانب الذين يقيمون في مصر ، أو الذين لهم فيها مؤسسات صناعية أو تجارية . (٣) الأجانب الذين ينتهون إلى بلاد تعامل مصر معاملة

يطلب البراءة وصف تفصيلي للاختراع وطريقة استغلاله ، ويجب أن يشتمل الوصف بطريقة واضحة على العناصر الجديدة التي يطلب صاحب الشأن حمايتها ، ويرفق بالطلب رسم للاختراع عند الاقتضاء ، وذلك كله بالكيفية التي تحددها اللائحة التنفيذية (م ١٦ قانون براءات الاختراع) (١).

وتفحص إدارة براءات الاختراع طلب البراءة للتحقق من أن الطلب مقدم من المخترع أو من آلت إليه حقوقه ، ومن أن الوصف والرسم يصوران الاختراع بكيفية تسمح لأرباب الصناعة بتنفيذه ، ومن أن العناصر المبتكرة التي يطلب صاحب الشأن حمايتها واردة في الطلب بطريقة محددة واضحة (م ١٨ م) (٢). فإذا ما تحققت الإدارة من كل ذلك ، قامت بالإعلان عن الطلب ، وعندئذ يجوز لكل ذي شأن أن يقدم للإدارة إخطاراً كتابياً بمعارضته في إصدار البراءة ويشتمل الإخطار على أسباب المعارضة (م ٢٠-٢١) . وتفصل

« المثل ، أو يقبضون تلك البلاد ، أو يكون لهم محل تحقيق . (٤) الشركات أو الجمعيات أو المؤسسات أو جماعات أرباب الصناعة أو المنتجين أو التجار أو العمال ، التي تؤسس في مصر أو بلاد تعامل مصر معاملة المثل ، متى كانت متنته بالخصخصة المنوية ، (٥) المصالح العامة » .

(١) ويوجد وكلاء متخصصون في النيابة عن الغير لاتخاذ إجراءات تسجيل براءات الاختراع. يسمنون « وكلاء البراءات » . وقد تدخل المشرع لتنظيم هذه المهنة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٥١ الخاص بمزاولة مهنة وكلاء البراءات .

(٢) وتنص المادة ٢٥ من قانون براءات الاختراع على أنه « إذا ظهر لإدارة براءات الاختراع أن الاختراع خاص بشؤون الدفاع ، أو أن له قيمة عسكرية ، فعلياً أن تطلع وزارة الحربية والبحرية فوراً على طلب البراءة والوثائق الملحقة به . ولوزير الحربية والبحرية أن يعارض في نشر أو إعلان القرار الصادر بمنح البراءة لصاحب الاختراع ، وذلك في ظرف شهر من تاريخ تقديم الطلب أو من تاريخ صدور القرار . ولوزير الحربية والبحرية في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم طلب البراءة المعارضة في منح البراءة لطلاب مقابل شراء الاختراع منه ، أو لإلغائه » .

وتنص المادة ٣٣ من نفس القانون على أنه « يجوز بقرار من وزير التجارة والصناعة نزع ملكية الاختراعات لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو بالدفاع الوطني . ويصبح أن يكون ذلك شاملاً جميع الحقوق المترتبة على البراءة أو على الطلب المقدم عنها ، كما يصبح أن يكون مقصوراً على حق استغلال الاختراع لحاجات الدولة . وفي هذه الأحوال يكون لصاحب البراءة الحق في تمويض عادل . ويكون تقدير التمويض بمعرفة اللجنة المنصوص عليها في المادة ٢٢ . ويكون التنظيم من قرارها أمام محكمة اقتضاء الإداري بمجلس الدولة ، وفي ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان قرار اللجنة المنظم » .

في المعارضة لجنة إدارية من ثلاثة أعضاء ، ولها أن تستعين برأى ذوى الخبرة ، والقرار الصادر منها بقبول المعارضة أو برفضها يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإداري بمجلس الدولة (م ٢٢ - ٢٣) ، فإذا ما بت نهائياً في منح البراءة لطلبها، منحت له بقرار من الوزير المختص. وبعد بالوزارة المختصة سجل يسمى **سجل براءات الاختراع** ^(١)، تقيد فيه البراءات وجميع البيانات المتعلقة بها ^(٢).

(١) وهذا السجل يجوز الجمهور الاطلاع على البيانات المقيمة فيه وأخذ صور منها ، وقد نصت المادة ٢٧ من قانون براءات الاختراع على أن « لكل شخص أن يحصل على صور من طلبات البراءات والمستندات الخاصة بها ، وعلى مستشفيات من سجل براءات الاختراع . وله كذلك أن يطلع على الطلبات والمستندات والسجل ، وذلك بالكيفية الميعة بالأمانة للتمتيلية » .

(٢) ولم يأخذ النظام المصري بطريقة الفحص السابق التي أخذ بها النظام الإنجليزي ، وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع في هذا الصدد : « هناك نظامان رئيسيان فيما يتعلق ببراءات الاختراع : أحدهما النظام الفرنسي وهو يقوم على حرية منح البراءة بمجرد الإيداع دون فحص أو معارضة ، والثاني النظام الإنجليزي وهو يقوم على منح البراءة بعد الفحص للتحقق من توافر العناصر الموضوعية التي يستلزمها القانون في الاختراع مع فتح باب المعارضة . وبين هذين النظامين نظم وسطى تندرج من النظام الفرنسي إلى النظام الإنجليزي ، منها التشريع السويسري والهولندي. اللذان أخذتا بنظام الإيداع بشروط خاصة ، وتشريع الهنري والتشريع اليوغوسلافي اللذان زادا حل التشريعين أشار إليهما فتح باب المعارضة لغير قبل منح براءة الاختراع ، وتشريع كندا وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية وقد أخذتا بنظام الفحص للتحقق من توافر عنصر الجدة . وتشريع سائر النظام الإنجليزي في الأخذ بنظام الفحص للتحقق من توافر عنصر الجدة التشريع الألماني الذي سائر النظام الإنجليزي في الأخذ بنظام الفحص للتحقق من توافر عنصر الجدة مع فتح باب المعارضة لغير قبل إصدار البراءة . وفي الأخذ بالنظام الفرنسي يجب جوهري ، إذ أنه يمنع براءات الاختراع بمجرد الإيداع ، مما يؤدي إلى منح براءات من أشياء لا تستر اشترعا بالمعنى الذي يستأهل من المشروع الحماية القانونية . ولا وجود لهذا اليبق في النظام الإنجليزي ، إذ هو يقتضي لمنح البراءة فحصاً سابقاً وتحقيقاً دقيقاً تقوم عليها أداة حكومية تتوافر لديها الوسائل الفنية اللازمة ولها تقاليدها وعبرتها في مختلف العلوم والفنون . لذلك أخذ الفكر التشريعي في البلاد المختلفة يميل من نظام الإيداع البسيط ، وينزع نحو الأخذ بنظام الفحص السابق . وإذا كان من غير اللازم أن تأخذ مصر في إبان نهضتها الصناعية بالنظام الفرنسي الذي بدأت قبول تعدل عنه ، كما أنه ليس من الميسور عملاً أن تبدأ بالأخذ بالنظام الإنجليزي (وهذا في إيطاليا بعد أن عدلت نظامها في سنة ١٩٣٤ من الإيداع إلى الفحص السابق لم تستكمل من تطبيق النظام الأخير جملة ، واضطرت إلى تأجيل تنفيذه) ، إذا كان ذلك كذلك فقد ولى اتباع طريق وسط : لهذا أثر المشروع أن يحتل المشرع السويسري في الأخذ بطريقة الإيداع المقيده بشروط خاصة ، ولكنه زاد عليها فتح باب المعارضة لغير كما هو الشأن في قوانين المجر ويوغوسلافيا وجنوب إفريقيا . -

٢٧٧ - وإمليات صاحب براءة الاختراع : على صاحب براءة الاختراع ، متى قيدت البراءة في السجل الخاص بذلك ، أن يدفع رسوما قدرها القانون . وعليه أيضاً أن يستغل الاختراع في مصر في خلال مدة معينة من تاريخ منح البراءة ، وإلا جاز لإدارة البراءات أن تكل استغلال الاختراع لشخص آخر يشروط معينة .

أما عن الرسوم ألواجب على صاحب البراءة دفعها ، فقد نصت المادة ١٣ من قانون براءات الاختراع في هذا الخصوص على أن « يدفع عند تقديم طلب البراءة أو طلب التجديد رسم قدره خمسة جنيهات . ويدفع رسم سنوى ابتداء من السنة الثانية لغاية انتهاء مدة البراءة ، ويكون هذا الرسم مائة قرش من السنة الثانية ، ويزداد سنوياً بإضافة خمسين قرشاً على رسم السنة السابقة . ولا ترد هذه الرسوم بحال » .

وأما عن وجوب استغلال الاختراع في مصر في خلال مدة معينة ، فقد نصت المادة ٣٠ من قانون براءات الاختراع على أنه « إذا لم يستغل الاختراع في مصر خلال ثلاث سنين من تاريخ منح البراءة ، أو عجز صاحبه عن استغلاله استغلالاً وافياً بحاجة البلاد ، وكذلك إذا أوقف استغلال الاختراع مدة سنتين متتاليتين على الأقل ، جاز لإدارة البراءات أن تمنح رخصة إجبارية باستغلال الاختراع لأي شخص رفض صاحب البراءة التنازل له عن حق الاستغلال أو حلق تنازله على شروط مالية باهظة . ويشترط لمنح الرخصة الإجبارية أن يكون طالها قادراً على استغلال الاختراع بصفة جدية ، ويكون لمصاحب البراءة الحق في تعيين مناسب . وعلى إدارة البراءات أن تعلن صاحب البراءة بصورة من الطلب المذكور ، وعليه أن يقدم لها في الميعاد الذي تحدده اللائحة التنفيذية رداً كتابياً على هذا الطلب . وإذا لم يصل الرد في الميعاد المحدد ، أصدرت الإدارة قراراً بقبول الطلب أو رفضه ، ولها أن تعلّق القبول

= وبذلك يمكن تحقيق بعض نتائج نظام المحصر الكامل . وقد توخى المشروع أن يكون بالأداة الحكومية القائمة على تنفيذ بنية تفصل في المنازعات المتعلقة ببراءة الاختراع ، مع إجازة الطعن أحياناً في قراراتها أمام القضاء . والنظام المقترح يؤدّي إلى تدريب الأداة الحكومية الجديدة ، وتكوين نواة من القنينين تمكن في المستقبل من الأخذ بالنظام الإنجليزي المصير في المجال الدول نظاماً نموذجياً .

على ما تراه من الشروط . وقرار الإدارة قابل للطعن أمام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ، في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار صاحب الشأن به^(١) . ونصت المادة ٣٦ من نفس القانون على أنه « إذا رأت إدارة براءات الاختراع ، برغم فوات المواعيد المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة السابقة ، أن عدم استغلال الاختراع يرجع إلى أسباب خارجة عن إرادة صاحب البراءة ، جاز لها أن تمنحه مهلة لا تتجاوز ستين لاستغلال الاختراع على الوجه الأكمل » .

٢٧٨ - مفقود صاحب براءة الاختراع : تخول البراءة مالكها ، دون غيره^(٢) ، الحق في استغلال الاختراع بجميع الطرق (م ١٠٠) . ويجوز لطالب البراءة أن يقوم باستغلال اختراعه من تاريخ تقديم الطلب (م ١٧) . ويكون له الحق ، من ذلك التاريخ ، في استغلال اختراعه مدة خمس عشرة سنة . وله أن يطلب بعد ذلك تجديدها مرة واحدة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ، بشرط أن يطلب التجديد في السنة الأخيرة وأن يثبت أن للاختراع أهمية خاصة ، وأنه لم يجن منه ثمرة تتناسب مع جهوده ونفقاته . أما البراءات التي تمنح عن الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية ، فتكون مدتها عشر سنوات غير قابلة للتجديد .

(١) وتنص المادة ٣٦ من قانون براءات الاختراع على أنه « إذا لم يستغل الاختراع في مصر في السنتين التاليتين لمنع رخصة إجبارية ، جاز لكل ذي شأن أن يطلب إلى إدارة براءات الاختراع إلغاء البراءة المنشوطة عنه » .

(٢) وقد نصت المادة ١٦ من قانون براءات الاختراع على أنه « لا يسرى حكم البراءة على من كان يستغل الاختراع صناعياً أو قام بالأعمال اللازمة لاستغلاله بحسن نية قبل تقديم طلب البراءة ، فيكون له حق استغلال الاختراع لحاجات منشأته ، دون أن يتفقد هذا الحق مستقلاً عن المنشأة ذاتها » . وفي هذا النص حماية كافية لحائز الاختراع بحسن نية ، دون أن يكون هو المخترع الذي يمنح البراءة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع في هذا الصدد : « ويترتب على منح البراءة الاعتراف لئلا يكون غير بحق استغلال الاختراع ، مع رعاية حق مستغل الاختراع أو من قام بالأعمال اللازمة للاستغلال بحسن نية في مصر ، إذ له حق حيازة شخصي ولا يجوز التمسك بالبراءة بعدها . ولما كان هذا الحق الشخصي استثناء لا يجوز التوسع فيه ، فقد وجب قصره على استعمال الاختراع لحاجة منشأة صاحب حق الحيازة الشخصي ، ولم يجوز له نقله إلى الغير لإعلاء المنشأة ، وذلك وفقاً لما هو مقرر في القانون السويسري (م ٨) » .

ولصاحب البراءة ، في المدة التي تبقى فيها البراءة نافذة ، أن يتصرف فيها بعوض وبغير عوض ، وأن يرهنها ، ويجوز الحجز عليها من دائته ، وتنقل منه إلى خلفه بالمراث وبالصيغة .

وتنقضى حقوق صاحب براءة الاختراع بانقضاء مدة الحماية ، وبتنازل صاحب البراءة عنها قبل انقضاء مدة الحماية ، وبصدور حكم بطلان البراءة^(١) ، وبعدم دفع الرسوم المستحقة في مدة ستة شهور من تاريخ استحقاقها .

٣٥ - طرق حماية براءة الاختراع

٢٧٩ - **الوجبات التحفظية :** تنص المادة ٤٩ من قانون براءات الاختراع على أنه « يجوز لصاحب براءة الاختراع أو الرسم أو النموذج ، أثناء نظر الدعوى الإدارية أو الجنائية ، أن يستصدر من محكمة القضاء الإداري أمراً باتخاذ الإجراءات التحفظية ، وخاصة بحجز المنتجات أو البضائع المقلدة والآلات والأدوات التي استخدمت أو قد تستخدم في ارتكاب الجريمة ، والبضائع المستوردة من الخارج إثر ورودها . ويجوز لصاحب براءة الاختراع أو الرسم أو النموذج أن يستصدر الأمر باتخاذ ما تقدم من الإجراءات قبل رفع أية دعوى مدنية أو جنائية ، وإنما يجب عليه في هذه الحالة أن يقوم برفع دعواه الإدارية أو المباشرة أو بتقديم شكواه للنيابة في ظرف ثمانية أيام عدا أيام مواعيد المسافة من تاريخ تنفيذ الأمر ، وإلا بطلت هذه الإجراءات من تلقاء نفسها . ويرفع صاحب الشأن طلبه باتخاذ هذه الإجراءات بعريضة مشفوعة بشهادة رسمية دالة على تسجيل الاختراع أو الرسم أو النموذج الصنعى . ويجوز عند الاقتضاء أن يشمل الأمر الصادر باتخاذ هذه الإجراءات نذب خبير أو أكثر لمعونة المحضر في تنفيذه » .

(١) تنص المادة ٣٥ من قانون براءات الاختراع على أن « لإدارة براءات الاختراع ولكل من شأن أن يطلب إلى محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة الحكم بإبطال البراءات التي تكون قد منحت مخالفة لأحكام المادتين ٣٠٢ من هذا القانون ، وتقوم الإدارة المذكورة بإلغاء هذه البراءات متى تقدم لها حكم بذلك حائز لقوة الشيء المقضى . ويجوز للمحكمة أن تحكم ، بناء على طلب إدارة براءات الاختراع أو بناء على طلب ذي الشأن ، بإضافة أى بيان للسجل قد أغفل تدوينه به ، أو بتعديل أى بيان وارد فيه غير مطابق للحقيقة ، أو بحذف أى بيان دون به وبغير وجه حق » .

٢٨٠ — الجزء المرفق : ويجزم على من تعدى على حقوق صاحب البراءة بالتعويض ، كما يحكم بمصادرة الأشياء المحجوزة أو التي تمجيز فيها بعد لاستئزال ثمنها من الغرامات أو التعويضات ، أو للتصرف فيها بأية طريقة يراها القضاء الإدارى أو المحكمة الجنائية مناسبة . كما أن للمحكمة أن تأمر بإتلاف هذه الأشياء عند الاقتضاء ، ولها أن تحكم بكل ما سبق حتى فى حالة الحكم بالبراءة لعدم توافر ركن التقصد الجنائى . ويجوز للمحكمة أيضاً أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

٢٨١ — الجزء الجنائى : تنص المادة ٤٨ من قانون براءات الاختراع على أن : يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على ثلثمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين : (١) كل من قلد موضوع اختراع منحت عنه براءة وفقاً لهذا القانون . (٢) كل من قلد موضوع رسم أو نموذج صناعى ثم تسجيله وفقاً لهذا القانون . (٣) كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو استورد من الخارج أو حاز بقصد الاتجار ، منتجات مقلدة أو مواد عليها رسم أو نموذج صناعى مقلد مع علمه بذلك ، متى كان الاختراع أو الرسم أو النموذج مسجلاً فى مصر . (٤) كل من وضع بغير حق ، على المنتجات أو الإعلانات أو العلامات التجارية أو أدوات التعبئة أو غير ذلك ، بيانات تؤدى إلى الاعتقاد بحصوله على براءة اختراع أو بتسجيله رسمياً أو نموذجاً صناعياً .

وتنص المادة ٥١ من نفس القانون على أن : تعتبر الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون هى والجرائم المنصوص عليها فى القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، وفى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الخاص بقمع القش والتدليس ، جرائم متأللة فى العود .

المبحث الثاني

الرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية (٥)

المطلب الأول

الرسوم والنماذج الصناعية

٢٨٢ - ما هي الرسوم والنماذج الصناعية : يعتبر رسمياً أو نموذجاً صناعياً كل ترتيب للخطوط ، أو كل شكل جسم بألوان أو بغير ألوان ، لا مستخرجه في الإنتاج الصناعي بواسطة آلية أو يدوية أو كيميائية .
النموذج هو شكل مجسم أعد لاحتضائه عند الإنتاج ، فتأتى المنتجات مطابقة للنموذج . مثل ذلك نماذج الملابس والأحذية والقبعات والماعطف وهياكل السيارات والأوعية والزنخارف وما إلى ذلك .

والرسم الصناعي مثله الرسوم والنقوش الخاصة بالمنسوجات والسجاجيد والجلد والورق الخاص بتغطية الجدران وأشغال الإبرة ، وعلى المجوهرات وأوعية مواد الزينة وعلب الحلوى وما إلى ذلك . والرسم الصناعي يطبق على السلعة عند إنتاجها صناعياً ، فينقل الرسم على كل وحدة من الإنتاج بطريقة آلية أو يدوية أو كيميائية .

وكل من النموذج والرسم الصناعي ينطوى على قدر من الابتكار ، ومن ثم يحصيه القانون كما يحصى حق المخترع وحق المؤلف فيما قدمناه . فصاحب الرسم أو النموذج له الحق في حماية رسمه أو نموذجيه من التقليد ، ويجب أن يقوم الوصول إلى ذلك بإجراءات خاصة لتقيد الرسم أو النموذج في سجل الرسوم والنماذج الصناعية .

٢٨٣ - إجراءات قيد الرسم أو النموذج في سجل الرسوم والنماذج

الصناعية : يوجد بوزارة التجارة سجل خاص ، على نمط سجل براءات

(٥) مراجع : Ponillet في العلامات التجارية والمناصفة غير المشروعة الطبعه السادسة سنة ١٩١١ Rouhier في النظرية العامة في دعوى المناصفة غير المشروعة (مجلة القانون التجارى سنة ١٩٤٨ ص ٤٦١ - ص ٥٩١) .

الاختراع ، يسمى بسجل الرسوم والنماذج الصناعية . ويقدم طلب تسجيل الرسم أو النموذج إلى إدارة الرسوم والنماذج الصناعية ، بالأوضاع والشروط المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية لقانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية . ويجوز أن يشمل الطلب على عدد من الرسوم أو النماذج لا يتجاوز الخمسين ، بشرط أن تكون في مجموعها وحدة متجانسة . ومنى استوفى طلب التسجيل الشروط والأوضاع المقررة قانونا ، وجب تسجيل الرسوم والنماذج المقدمة .

ويجوز لطالب التسجيل التظلم من قرار إدارة الرسوم والنماذج الصناعية برفض التسجيل أمام نفس اللجنة الإدارية التي يرفع لها التظلم في خصوص براءات الاختراع ، ويجوز الطعن في قرارات هذه اللجنة أمام القضاء الإداري ، وهذا وذلك في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الطالب بقرار الإدارة أو اللجنة الإدارية .

٢٨٤ - واجبات وحقوق صاحب الرسم أو النموذج : يدفع الطالب عند تقديم طلب تسجيل الرسم أو النموذج ، وكذلك عند تقديم طلب التجديد ، رسما قدره مائتان وخمسون قرشا .

وبمجرد تسجيل الرسم أو النموذج تعلى إدارة الرسوم والنماذج للطالب شهادة يبين فيها عدد الرسوم والنماذج التي يشتمل عليها الطلب والمستجات الصناعية المخصصة لها ، واسم المالك ولقبه وجنسيته ومحل إقامته . وتبدأ آثار التسجيل من تاريخ تقديم الطلب إذا كان مستوفيا للاشتراطات القانونية . ولكل شخص أن يطلب مستخرجات أو صورة من السجل .

وتسجيل الرسم أو النموذج يجعل لصاحبه وحده حق استعماله في منتجاته ، ولا يجوز لأحد غيره دون إذنه أن يستعمل الرسم أو النموذج . ومدة الحماية على هذا النحو خمس سنوات ، تبدأ من تاريخ طلب التسجيل . ويمكن أن تستمر الحماية مدتين جديدتين على التوالي ، إذا قدم مالك الرسم أو النموذج طلبا بالتجديد في خلال السنة الأخيرة من كل مرة ، وذلك بالكيفية التي تتيها اللائحة التنفيذية . وتقوم إدارة الرسوم والنماذج الصناعية في خلال الشهر الثاني لانتها مدة الحماية بإخطار المالك كتابة بانتهاء المدة ، فإذا انقضت الثلاثة أشهر

التالية لتاريخ انتهاء مدة الحماية دون أن يقدم المالك طلب التجديد ، قامت الإدارة من تلقاء نفسها بشطب التسجيل .
ولصاحب الرسم أو النموذج أن يتصرف فيه وأن ينقل ملكيته للغير ، ولا يكون نقل الملكية حجة على الغير إلا بعد التأشير به في السجل ونشره بالكيفية التي تقررها اللائحة التنفيذية .

وقد يقضى بشطب التسجيل بناء على طلب كل ذى شأن إذا كان قد أجرى باسم شخص غير المالك الحقيقي للرسم أو النموذج ، ففي تقديم حكم نهائى من القضاء الإدارى قاض بهذا الشطب تقوم إدارة الرسوم والنماذج الصناعية بشطب التسجيل الخاص باسم غير المالك الحقيقي للرسم أو النموذج . وتقوم الإدارة بهذا الشطب من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب ذوى الشأن .
وشطب التسجيل أو تجديده يجب النشر عنه وفقا للأوضاع التي تقررها اللائحة التنفيذية .

٢٨٥ - طرق حماية الرسوم والنماذج الصناعية - إمارات : قدما عند الكلام في براءات الاختراع أن طرق حماية هذه البراءات هي نفس طرق حماية الرسوم والنماذج الصناعية ، وقد صدر بها جميعا قانون واحد كما قدما هو القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ . وقد رأينا المادة ٤٩ من هذا القانون تقضى بجواز أن يستصدر صاحب الرسم أو النموذج أمراً باتخاذ إجراءات تحفظية ، منها الحجز على المنتجات والبضائع المقلدة والأدوات التي استعملت في التقليد . ورأينا أنه يجب رفع الدعوى الموضوعية في ظرف ثمانية أيام أمام القضاء الإدارى أو في صورة دعوى مباشرة أمام محكمة الجناح ، أو تقديم شكوى لكتابة في ظرف هذه المدة .

ورأينا أن هناك جزاء مدنيا هو التعويض ومصادرة الأشياء المبهوزة لاستنزال ثمنها من التعويض والغرامات ، وأن هناك جزاء جنائيا نصت عليه المادة ٤٨ من القانون سالف الذكر يقضى بالعقوبة على كل من قلد موضوع رسم أو نموذج صناعى تم تسجيله وعلى كل من ارتكب مخالفات لعمري ذكرها النص .

فتحيل هنا في كل هذا إلى ما قدمناه هناك^(١).

المطلب الثاني

للعلامات والبيانات التجارية

٢٨٦ - ما هي العلامات التجارية : صدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ م - وهو أول قانون صدر لحماية ما يسمى بالملكية الصناعية - لتنظيم العلامات والبيانات التجارية^(٢). والعلامات التجارية (marques de fabrique)

(١) انظر كذا فقرة ٢٧٩ - فقرة ٢٨١ .

(٢) الملحق بالقوانين رقم ١٤٣ لسنة ١٩٤٩ ورقم ٢٥١ لسنة ١٩٥٣ ورقم ٥٦٩ لسنة ١٩٥٤ ورقم ٢٠٥ لسنة ١٩٥٦ ورقم ٦٩ لسنة ١٩٥٩ .

(٣) وقد جاء في المذكرة المرفوعة لمجلس الوزراء من قانون العلامات والبيانات التجارية :
« العلامة التجارية هي التي يتخذها صاحب المصنع أو التاجر شامراً لمنتجاته أو يضاعف تميزاً لها من غيرها من المنتجات والبضائع المماثلة ، وتمكنها للمستهلك من تعرف حقيقة مصدرها أينما وجدت . وبذلك يحمي نفسه من أن ينزو منافسه مناطق التصريف التي احتضنت بها منتجاته أو يضالّه بزيويع علامته أو تقليدها . وقد استخدمت العلامات تمييز منتجات الصناعة منذ زمن بعيد ، فكان الصانع يوقع باسمه على منتجاته أو يضع عليها شارة خاصة . ثم اتخذت تلك العلامات بعد ذلك أشكال الحيوانات أو النباتات أو الرسوم الخيلية . أما العلامات التي استخدمت في التجارة فقد ظهرت في إيطاليا في القرن الخامس عشر ، حيث كان التجار يستخدمون العلامة بقصد الشهرة . وفي فرنسا كان استخدام علامات الصناعة إلزامياً في القرون الوسطى حيث كان يسودها نظام العوائف (les corporations) ، فكانت تختص المنتجات بجمّة العائفة وإلا أُلغيت ... وإلغاء نظام العوائف سنة ١٧٨٩ ، اختفى نظام العلامات الإلزامية . وقد صوّت في فرنسا بعد ذلك بعض القوانين المتعلقة بحماية علامات المصنع بالنسبة لمصانع معينة اشتهرت بها بعض المدن الصناعية ، كصناعة القصبون والأسلحة والخردوات . وفي سنة ١٨٥٧ صدر في فرنسا قانون العلامات ، وهو المعمول به الآن ، خاصاً بعلامات الصناعة والتجارة على السواء . وقد أصبح ذلك النظام معمولاً به في أغلب دول العالم ... وقد لعبت العلامات التجارية دوراً هاماً في ميدان المنافسة حيث كانت لها من أقوى الدعامات وأصلح الأسلحة ، لأنها من أهم الوسائل التي يلجأ إليها التجار والصانع لتعريف نفسه إلى المستهلكين ، وبها يضمن لنفسه عدم تضليل الجمهور وبغديته في أمرها ، ما يدفعه إلى بذل أقصى جهده في تحسين منتجاته وتخفيض تكاليف الإنتاج إلى أقل حد ممكن ليتسنى تفوقه على منافسيها جودة ورغصاً ، ما يحصل من نظام حماية العلامات التجارية فربما يحتو على الحكومات لضمان التقدم الاقتصادي في ناحيتي الصناعة والتجارة ... لذلك أصدرت معظم الدول القوانين المتعلقة بحماية العلامات التجارية . في ألمانيا صدر قانون ١٢ مايو سنة ١٨٩٤ و ٢١ مارس سنة ١٩١٢ و ٥ مايو سنة ١٩٢٦ . وفي إنجلترا قانون ١١ أغسطس سنة ١٩٠٥ و ٢٨ أغسطس سنة ١٩١٢ »

هى الأسماء المتخذة شكلا مميزاً (الجميل - الجميل) ، والكلمات (Arrow, Tonny, Bonsoir) ، والإمضاءات ، والحروف ، والأرقام ، الرسوم ، والرموز ، وعنوانات المحال (Délíce, Américaine, Groppi) ، والسمات ، والأختام ، والتصاوير ، والنقوش البارزة ، وأية علامة أخرى أو أى مجموع منها يستخدم ، أو يراد به أن يستخدم ، إما في تمييز منتجات عمل صناعي أو استغلال زراعي أو استغلال للغابات أو مستخرجات الأرض (من فخ وحديد وحجر ومعادن) ، أو أية بضاعة ، أو للدلالة على مصدر المنتجات أو البضائع أو نوعها أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها (١) .

= ١٩٠٧ و ١٨ أغسطس سنة ١٩١١ و ٧ أغسطس سنة ١٩١٤ و ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ و ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ . وفي بلجيكا قانون أول أبريل سنة ١٨٧٩ و ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ و ٣٠ أغسطس سنة ١٩١٣ . وفي أسبانيا قانون ١١ مايو سنة ١٩٠٢ و ٢٦ يوليو سنة ١٩٢٩ . وفي الولايات المتحدة قانون ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٥ و ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ و ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ و ٨ يناير سنة ١٩١٣ . وفي إيطاليا قانون ٣٠ أغسطس سنة ١٨٦٨ و ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ و ١٣ سبتمبر سنة ١٩٣٤ . وفي سويسرا قانون ٢٦ سبتمبر سنة ١٨٩٠ و ١٤ أبريل سنة ١٩١٠ و ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ... إلا أن عدم استطاعة المحاكم المصرية القضاء بالقوانين المقررة التي أشرنا إليها لم يميزها من منع قسط وافر من الحماية للعلامات التجارية بتطبيق أحكام القانون العام للقانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف ، ولم تتوان عكسة الاستئناف المختلة في تطبيق القواعد والمبادئ التي تفسنها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الملكية الصناعية ، وكانت تميز الحيز على البضائع والمنتجات المقلدة ، كما أنها كانت تقضى بالتعويضات المناسبة وبشر الحكم .. وفضلا من ذلك فقد أوجدت المحاكم المختلة نظاما لتسجيل العلامات التجارية بأقلام كتابها .. (ثم) رأيت عكسة الاستئناف المختلة في جميعها العمومية المتقدمة في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ أن المصلحة العامة تقضى بتوحيد التسجيل بمصر في مكان واحد ... في قلم كتاب عكسة الاستئناف المختلة بالإسكندرية ، وقد بدء بتنفيذ هذا النظام من أول نوفمبر سنة ١٩٢٩ وهو معمول به لتاية الآن .

وجهاء في المذكرة التفسيرية لمشروع قانون العلامات والبيانات التجارية : ه في سنة ١٩١٨ أعدت إحدى اللجان الفرنسية لجنة إلغاء الامتيازات الأجنبية مشروع قانون في هذا الموضوع يمد عملا جليا ومفخرة لمن اشتركوا في إعداده وهم : Pupikofor Houriet و Cator . وقد وضع مشروع لقانون الحالي حل غرض المشروع الذي أعدته اللجنة المشار إليها ، ناقلا أهم أحكامه ، مهلا منها ما يجب تركه إلى اللجنة التنفيذية أو ما لا تقتضيه الحالة في مصر ، وغالفا له في بعض النقط .

(١) وتنص المادة ه من قانون العلامات والبيانات التجارية على ما يأتي : « لا يسجل كلمة تجارية أو مختصر منها ما يأتي : (١) العلامات الخالية من أية صفة مميزة أو المكونة من علامات أو »

فالعلامة التجارية إذن تميز المنتجات والبضائع بحيث يكون معروفا في الأسواق أن البضاعة التي تحمل هذه العلامة هي بضاعة معينة ، فلا تختلط

٣ بيانات ليست إلا التسمية التي يطلقها العرف على المنتجات أو الرسم أو الصورة العادية لها (ب) كل تمثيل أو رسم أو علامة محمية بالآداب أو مخالفة للنظام العام (ج) الشعارات العامة والأعلام وغيرها من الرموز الخاصة بالدولة أو بإحدى البلاد التي تتعامل مصر بمعاملة المثل ، وكذلك أي تقليد الشعارات (د) العلامات والدمقات الرسمية لبلاد سائلة الذكر الخاصة برفاتها على البضائع أو صفاتها ، في حالة ما إذا كانت العلامة التجارية التي تشتمل على تلك العلامات أو الدمقات يراد استخدامها في بضائع من نفس الجنس أو من جنس مماثل (هـ) العلامات المطابقة أو المشابهة للرموز ذات الصبغة الدينية المحضة (و) رموز الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر وغيرها من الرموز الأخرى المشابهة ، وكذلك العلامات التي تكون تقليداً لها (ز) الأسماء الجغرافية إذا كان استعمالها من شأنه أن يحدث لبساً أي كان فيها يتعلق بمصدر المنتجات أو أصلها (ح) صورة التغير أو شعاراته ، ما لم يوافق مقدما على استعمالها (ط) البيانات الخاصة بدرجات الشرف التي لا يثبت طالب التسجيل استعماله لها قانوناً (ي) العلامات التي من شأنها أن تفصل الجمهور أو التي تتضمن بيانات كاذبة عن مصدر المنتجات أو عن صفاتها الأخرى ، وكذلك العلامات التي تحتوي على بيان اسم تجاري وهمي أو مقلد أو مزور .

وتطبيقاً لما تقدم ، لا تمتد حماية ، لانعدام الصفة المميزة ، صورة فلاح مصري (استئناف مخطط ١٧ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠١) ، أو صورة رجل يركب حصاناً (استئناف مخطط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٧٧) ، أو صورة رأس امرأة في صبة للشد (استئناف مخطط ١١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٨) ، أو رسم مثلث (استئناف مخطط ١٩ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٥) ، أو كلمة نباتين للسنم الصناعي (استئناف الإسمكندرية ٢٩ يناير سنة ١٩٥٠ م مجلة للتشريع والافتاء ٣ - ٢١٢) ، أو البلبن المولندي ، أو السجاير للتوسكاني ، أو البلبن اليمني . وتصلح العبارات إذا اتخذت شكلاً مميزاً (استئناف مخطط ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٩) ، كأن تكتب بحروف خاصة أو بلون خاص أو في دائرة أو في مربع .

ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالأسماء ، اسم التاجر أو الصانع بشرط أن يتخذ هذا الاسم شكلاً مميزاً (نقض مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ م مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٦٦٣) ، كأن يكتب في دائرة أو مربع أو بالخط الكعق أو الفارسي أو الديواني (مثل ذلك غوردو الشيرازي وسنجر ويسين) . ويجوز استعمال اسم التغير برفاته ، واستعمال الإضمار بشرط أن يتخذ شكلاً مميزاً . وقد تشكلن العلامة من تسمية مبتكرة ، مثل ذلك صابون بالملوك وسجاير بلمنت وشروب كوكاكولا وثلاجة ليندال . ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالحروف والأرقام ، الحروف الأولى لاسم التاجر ، أو حروف أخرى مثل *AM* ، لنوع من السجاير ، وسجاير ٢٣٣ ، وصابون ج ١١ . ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالرسم والتصوير والرموز ، سفينة أو أهرام أو نجم أو غزال أو نسر أو صورة حمام . ويجوز لتاجر أن يتخذ صورته بكلمة مثل بيليت ، أو صورة أحد مشاهير لا جال بشرط رضاه هذا الشخص أو رضاه ورثته .

بغيرها من البضائع ، ويستطيع طالب هذه البضاعة بالذات أن يطمئن إذا ما وجد العلامة موضوعة على البضاعة التي يتعامل فيها . وقد حدد القانون فئات المنتجات التي تسجل عنها العلامات ، وأهمها المنتجات الكيماوية والدهانات والمستحضرات الخاصة ببيض الأقمشة والزيوت والشحوم ومواد الصبغة والطب البيطري والمعادن غير المشغولة ونصف المشغولة والآلات والأجهزة العلمية والبحرية الخاصة بمسح الأراضي والسدود والأجهزة التي تستخدم في الإبحار والطب وأجهزة الإنارة والتدفئة وأجهزة النقل البري والمائي والجوى والأسلحة النارية والمعادن النفيسة والآلات الموسيقية والورق والحلوى المديونة ومواد البناء والأثاث والأدوات والأوعية المنزلية والفزل والخشب والمنسوجات والملابس والأحذية والأبسطة واللعب والحوامد والأسمدة والطيور والبز والخبز والسكر والأرز والحاصلات الزراعية والبرية والألبنة والمشروبات الروحية . وقد نصت المادة ٧ من قانون العلامات على ألا تسجل العلامات إلا عن فئة واحدة أو أكثر من هذه الفئات التي تقدم ذكر أهمها .

وليس العلامة التجارية في ذاتها تنطوي على ابتكار ، كما ينطوي الاختراع والرسوم والنماذج ، ولكن القانون مع ذلك يحجبها لأنها تميز بضاعة تعتبر ذات خصائص مرغوب فيها . فالبضاعة ، لا العلامة التجارية ، هي التي تنطوي على الابتكار ، ومن أجل ذلك يحجبها القانون عن طريق العلامة التجارية .

٢٨٧ - إجراءات تسجيل العلامات التجارية : هناك سجل بوزارة التجارة يسمى سجل العلامات التجارية ، ويجوز لصاحب العلامة (١) أن يتقدم بطلب قيدها في هذا السجل . ويقدم طلب التسجيل إلى إدارة تسجيل

(١) وتنص المادة ٤ من قانون العلامات والبيانات التجارية على ما يأتي : « للأشخاص الآتي ذكرهم حق تسجيل علاماتهم : (١) كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر مصري الجنس . (٢) كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر مقم بمصر أو له فيها محل حقيق . (٣) كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر ينتمي لبلاد تعامل مصر معاملة المثل أو يقم بها أو له فيها محل حقيق . (٤) الجماعات أو أرباب للصناعة أو المنتجين أو التجار التي تكون مؤسسة في مصر أو في إحدى البلاد المذكورة آنفا ، إذا كان يمكن اعتبارها متصلة بالأهلية المدنية . (٥) المصالح العامة » .

العلامات التجارية ، ويجوز لهذه الإدارة أن تفرض من القيود والتعديلات ما ترى لزومه لتحديد العلامة . ولطالب أن يتظلم من قرار الإدارة في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إخطاره به ، أمام لجنة إدارية تشكل لهذا الغرض . وإذا أيدت اللجنة قرار الإدارة برفض تسجيل العلامة لمشاهاها علامة أخرى سبق تسجيلها ، فلا يجوز للطالب تسجيل علامته إلا بناء على حكم قضائي يصدر ضد صاحب التسجيل . وعلى الإدارة في حالة قبول تسجيل العلامة الشهر عنها ، ولكل ذي شأن أن يقدم للإدارة إخطارا كتابيا بمعارضته في تسجيل العلامة ، وعلى طالب التسجيل الرد ، وتصدر الإدارة قرارا بقبول التسجيل أو رفضه وقرارها في ذلك قابل للطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية (لم يكن مجلس الدولة قد أنشئ في سنة ١٩٣٩) في ميعاد عشرة أيام من تاريخ إخطار صاحب الشأن به . ويعطى المالك العلامة بمجرد إتمام تسجيلها شهادة يبين فيها تاريخ الطلب وتاريخ التسجيل والاسم التجاري ولقب مالك العلامة وعلى إقامته وجنسيته ، وصورة مطابقة للعلامة ، والمنتجات أو البضائع المخصصة لها العلامة ، ويكون للتسجيل أثره من تاريخ تقديم الطلب . ولكل شخص أن يطلب مستخرجات أوصورا من السجل^(١)

(١) وقد جاء في المذكرة التفسيرية لقانون العلامات والبيانات التجارية : « بالرجوع إلى القوانين الأجنبية نجد أنها تتبع إحدى النظريات الأربع الملمية فيما يلي : (النظرية الأولى) وقد اتبها القانون الفرنسي الصادر في سنة ١٨٥٧ . وبمقتضاها يقبل طلب التسجيل بدون فحص سابق ، بمعنى أنه لا يجوز للموظف الذي يتسلم طلبات التسجيل أن يرفض إجراء التسجيل بحجة أن العلامة ليست جديدة أو لأي سبب آخر . (النظرية الثانية) وقد اتبها قانون الاتحاد السويسري الصادر في ٢٦ سبتمبر سنة ١٨٩٠ المعدل بالقانون الصادر في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، وبمقتضاها تسجيل العلامة بدون فحص سابق على متولية الطالب ، مع رفض تسجيلها في حالات فحص عليها القانون ، وعلى الأغص عند ما تكون العلامة متافئة للاداب العامة . أما إذا وجد المكتب أن العلامة ليست جديدة فعليه إخطار الطالب ، وهذا له أن يتسك بطلبه أو أن يسمح . (النظرية الثالثة) وقد اتبها القانون الألماني الصادر في ١٢ مايو سنة ١٨٩٤ والمعدل في ٥ مايو سنة ١٩٣٦ ، وبمقتضاها يمكن رفض التسجيل ، وعلى الأغص إذا اشتبنت العلامة على شعارات أو علامات متافئة للاداب العامة . وعندما يجد المكتب أن العلامة المطلوب تسجيلها تطابق تمام المطابقة علامة أخرى سبق تسجيلها فعليه أن يرفض التسجيل . ولطالب في هذه الحالة فقط إثبات أسبقية العلامة بطريق دفع الدعوى على صاحب التسجيل الأول . (النظرية الرابعة) وقد اتبها القانون الإنجليزي الصادر في ٢٢ أغسطس سنة ١٨٨٧ والمعدل في ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ ، وبمقتضاها لا يقبل التسجيل إلا -

٢٨٨ - واجبات وعقوبات صاحب العلامة التجارية : يعتبر من قام بتسجيل العلامة التجارية مالكا لها ، وله وحده دون سواه أن يستعملها على بضائعه ومنتجاته . وتصبح ملكيته للعلامة غير قابلة للمنازعة فيها ، إذا هو استعملها بعد تسجيلها بصفة مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل دون أن ترفع عليه بشأنها دعوى حكم بصحتها^(١) . وعلى صاحب

= بعد فحص سابق للعلامة ، يكون متضمنا إظهار طلب التسجيل وفتح باب المعارضة الغير ، وتقديم المعارضات لأمين السجل ، ويجوز التظلم من قراراته أمام المحكمة ... وقد رأى نقاد الصويحات التي يشتمل عليها التشريع الإنجليزي ، كما رأى عدم الأخذ بالنظام الذي المناقش له ، لما في تطبيقهما من الإضرار بطلب التسجيل وبالتغير على السواء .. لم يبق أمانا إذن غير التشريعين الموسطين ، وقد رأينا أن نختار منها نظرية القانون الألماني (م ٨ و ٩ من المشروع) .

(١) وقد جاء في المذكرة التفسيرية لقانون العلامات والبيانات التجارية في هذا الصدد :
« تبعا لنظرية التي أعدها القانون الفرنسي الصادر في سنة ١٨٥٧ يعتبر التسجيل مقراً بحق الملكية لا منشأ له . ومن مزايها هذه النظرية أن يكون مالك العلامة الذي يحمل تسجيلها بأمين من أن يفتصب علامته منافس له بطريق تسجيلها باسمه . إلا أن هذه النظرية لا تشملون المساوي ، فن جهة تنجم أصحاب العلامات على إهمال تسجيلها لأنه ليس هناك ما يضطرونهم إلى ذلك التسجيل ... ومن جهة أخرى فإن هناك ما هو أشد خطورة مما تقدم وذلك لعدم معرفة من له حق الأسبقية في حالة حصول تنازع على ملكية علامة قديمة . كل هذه المساوي لا يكون لها وجود إذا أخذنا بنظرية أن التسجيل منفي حق الملكية . ولذلك أخذت بعض القوانين الأجنبية ، وعلى الأخص القانون الألماني ، بالنظرية الأخيرة ، على أنها لا تخلو هي أيضاً من مساوي كثيرة . ومع ذلك فليس من المتعذر العمل بالنظريةين معاً .. وهذا ما اتهمه القانون الإنجليزي حيث نص على عدم جواز الطعن في التسجيل بعد سيم سنوات .. وهذه النظرية هي التي أخذنا بها ... فبمقتضى المادة الثالثة يعتبر التسجيل قربة على أسبقية استعمال العلامة ، وهذه القربة يمكن أن تدفع بإثبات وجود استعمال سابق على تاريخ التسجيل ، لأن ملكية العلامة تكون لمن سبق أن استخدمها قبل غيره ، فالتسجيل ليس شأنه أن ينشئ حق الملكية ، إنما هو يقرر فقط وجوده ... ومع ذلك طبقاً لفقرة الثانية يصح التسجيل منشأً لحق الملكية إذا استخدمت العلامة بصفة ظاهرة ومستمرة خمس سنوات من تاريخ التسجيل ، على أن يبقى لمن تكون له الأسبقية في استخدام ذات العلامة حق وضع اليد عليها ويكون ذلك الحق شخصياً فلا ينتقل منه إلى الغير كما لا يجوز التوسع فيه . وينبغي على ذلك أن العلامة لا يمكن أن تحتل ملكيتها الورثة والغيرم ، ولا يمكن أن توضع على منتجات أخرى » .

وقد قضت محكمة النقض بأن التسجيل لا ينشئ الملكية بل يقررها ، وهو لا يصح منشأً للملكية إلا إذا استمرت العلامة بصفة ظاهرة مستمرة خمس سنوات من تاريخه ، على أن يبقى لمن له الأسبقية في استخدام العلامة حق وضع اليد عليها ولا تجوز مناقبته (نقض جنائي ٣ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الثاني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ١٢٧٤) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان النزاع قائماً بين شخصين لم يكسب أحدهما ملكية العلامة التجارية باستعمالها خمس سنوات =

العلامة أن يدفع ربما يثبت اللائحة التنفيذية لقانون العلامات والبيانات التجارية ، وعليه أن يستعمل العلامة ، ويجوز للمحكمة بناء على طلب أى ذى شأن أن تأمر بشطب التسجيل إذا ثبت لديها أن العلامة لم تستعمل بصفة جدية خمس سنوات متتالية ، إلا إذا قدم مالك العلامة ما يسوغ به عدم استعمالها . وإذا شطب تسجيل العلامة ، فلا يجوز أن يعاد تسجيلها لصالح الغير من نفس المنتجات إلا بعد ثلاث سنوات من تاريخ الشطب . ولكل ذى شأن حق طلب الحكم بشطب العلامات التى تكون قد سجلت بدون وجه حق ، وتقوم الإدارة بشطب هذه العلامات متى قدم لها حكم بذلك حائز لقوة الشيء المقضى . ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان قد مضى على استعمال العلامة بعد تسجيلها خمس سنوات على الأقل دون منازعة فيها ، فقد قلنا أنه لا يجوز فى هذه الحالة المنازعة فى صحة التسجيل .

ومدة الحماية المترتبة على تسجيل العلامة عشر سنوات ، ولصاحب الحق فيها أن يضمن استمرار الحماية لمدة جديدة إذا قدم طلبا بالتجديد فى خلال السنة الأخيرة ، وهكذا فى كل مدة تالية ، فالعلامة التجارية ليست لها مدة قصوى لحايتها ، بل هى تحمى دائما مادام صاحبها يقوم بطلب تجديد تسجيلها فى السنة الأخيرة من نهاية كل عشر سنوات . وحتى إذا لم يقدم صاحب العلامة طلب التجديد فى السنة الأخيرة من نهاية عشر سنوات ، فلن إدارة التسجيل تقوم فى خلال الشهر التالى لانتهاء عشر السنوات بإخطار صاحب العلامة بانتهاء مدة حمايتها ، فإذا انقضت الثلاثة الأشهر التالية لتاريخ انتهاء مدة عشر السنوات دون أن يقدم صاحب العلامة طلب التجديد ، قامت الإدارة من تلقاء نفسها بشطب العلامة من السجل .

سئل الأتلى من وقت تسجيلها ، فإن الملكية تنتقل لمن يثبت فيها أسبقية فى استعمال العلامة ولو كان الآخ قد سبقه إلى تسجيلها أو إلى تقديم طلب بهذا التسجيل (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣٤١) . ونقضت أخيراً بأن التسجيل لا يثنى بلفاته حقاً فى ملكية العلامة التجارية ، إذ أن هذا الحق ولید استعمال العلامة ، ولا يقوم للتسجيل إلا قرينة على هذا الحق يجوز دفعها لمن يدعى أسبقية فى استعمال العلامة ، إلا أن تكون قد اتصلت بصفة مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل دون أن ترفع بشأنها دعوى حكم بصحتها (نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٦ ص ٥٣٥) .

ولصاحب العلامة التصرف فيها بعرض أو بغير عرض ، ومع ذلك لا يجوز نقل ملكية العلامة أو رهنها أو الحجز عليها إلا مع المحل التجارى أو مشروع الاستغلال الذى تستخدم العلامة فى تمييز منتجاته . ويشمل انتقال ملكية المتجر أو مشروع الاستغلال العلامات المسجلة باسم ناقل الملكية التى يمكن اعتبارها ذات ارتباط وثيق بالمتجر أو المشروع ، ما لم يتفق على غير ذلك (١) . ولا يكون نقل ملكية العلامة أو رهنها حجة على الغير ، إلا بعد التأشير به فى السجل وشهره بالكيفية التى تقررها اللائحة التنفيذية (٢) .

٢٨٩ - البيانات التجارية : وتوجد ، إلى جانب العلامات التجارية ، البيانات التجارية وهى أيضا يحمىها القانون . ويعتبر بيانا تجاريا كل لمصباح يتعلق بما يأتى : (١) عدد البضائع أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها أو طاقاتها أو وزنها . (٢) الجهة أو البلاد التى صنعت فيها البضائع أو أنتجت . (٣) طريقة صنعها أو إنتاجها . (٤) العناصر الداخلة فى تركيبها . (٥) اسم أو صفات المنتج أو الصانع . (٦) وجود براءات اختراع أو غيرها من حقوق الملكية الصناعية أو أية امتيازات أو جوائز أو مميزات تجارية أو صناعية . (٧) الاسم أو الشكل الذى تعرف به بعض البضائع أو تقوم عادة .

فالبيان التجارى إذن لا يتطوى على أى ابتكار ، وإنما هو بيان هام يعرف الجمهور بالمنتجات أو البضائع التى وضع عليها . وليس المقصود حماية البيان ذاته ، بل حماية الناس الذين يتعاملون فى هذه المنتجات والبضائع ، ويطمنون إلى صحة البيان الموضوع عليها . لذلك يجب أن يكون البيان التجارى مطابقا للحقيقة من جميع الوجوه ، سواء كان موضوعا على نفس المنتجات أو على المحال أو المخازن أو على عتواناتها أو الأغلفة أو القوالب أو أوراق الخطابات

(١) يجوز الاتفاق على نقل ملكية المنتج أو المشروع من غير العلامة التجارية ، إذ قد يرى المالك حذ نقل الملكية الاحتفاظ بعلامته التجارية إما لإعادة استعمالها لنفسه ، أو سببا من التداول ، أو لى غرض آخر (نقض مدنى ٢٣ يونيو سنة ١٩٥٥ موعة أحكام للنقض ٦ ص ١٢٧٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الغير الذى لا يحج عليه بنقل ملكية العلامة التجارية إلا بعد التأشير والشهر ، وفقاً لنص المادة ٢٠ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ ، هو كل من ثبت له على العلامة الميزة حق عرض (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام للنقض ١٤ ص ٢٢ ١٨٠) .

أو وسائل الإعلان أو غير ذلك مما يستعمل في عرض البضائع على الجمهور . وعلى ذلك إذا كانت المنتجات واردة من الخارج ، فلا يجوز وضع اسم البائع أو عنوانه على هذه المنتجات ما لم يكن مقترنا ببيان دقيق مكتوب بحروف ظاهرة عن البلاد أو الجهة التي صنعت أو أنتجت فيها هذه البضائع . ولا يجوز للأشخاص المقيمين في جهة ذات شهرة خاصة في إنتاج بعض المنتجات أو صنعا (فيشى مثلا للمياه المعدنية وبوردو للتينيد) الذين يتجرون في منتجات مشابهة واردة من جهة أخرى ، أن يضعوا عليها علاماتهم إذا كانت من شأنها أن تضلل الجمهور فيما يتعلق بمصدر تلك المنتجات ، حتى لو كانت العلامات لا تشتمل على أسماء هؤلاء الأشخاص أو عناوينهم ، ما لم تتخذ التدابير الكفيلة بمنع كل لبس . ولا يجوز للصانع أن يستعمل اسم الجهة التي يوجد له بها مصنع رئيسي فيما يصنع لحسابه من منتجات في جهة أخرى ، ما لم يقرن هذا الاسم ببيان الجهة الأخيرة على وجه يمتنع معه كل لبس^(١) . ولا يجوز ذكر ميداليات أو دبلومات أو جوائز أو درجات فخرية من أى نوع ، سواء أكانت كسبت في معارض أم في مباريات أم منحت من رؤساء الدول أو الحكومات أو المصالح العامة أو هيئات العلماء أو الجمعيات العلمية ، إلا بالنسبة إلى المنتجات التي تنطبق عليها هذه الميزات ، وبالنسبة إلى الأشخاص والأسماء التجارية الذين كسبوها أو لمن آلت إليهم حقوقهم ، ويجب أن يشمل ذلك على بيان صحيح بتاريخها ونوعها والمعارض أو المباريات التي منحت فيها . ولا يجوز لمن اشترك مع آخرين في عرض منتجات أن يستعمل لمنتجاته الخاصة الميزات التي منحت للمعروضات المشتركة ، ما لم يعين بطريقة واضحة مصدر تلك الميزات ونوعها .

وقد يكون وضع البيان التجاري لازما بموجب القانون ، فقد نصت المادة ٣٢ من قانون العلامات والبيانات التجارية على أنه « إذا كان مقدار المنتجات أو مقاسها أو كيلها أو طاقها أو وزنها أو مصدرها أو العناصر الداخلة

(١) وتنص المادة ٣٠ من قانون العلامات والبيانات التجارية على أنه « يجوز أن تطلق على بعض المنتجات أسماء جغرافية أصبحت ألفاظا عامة تدل في الاصطلاح التجاري على جنس الناتج لا على مصدره ، وتستثنى من ذلك الأسماء الإقليمية لمنتجات النخلة » .

فى تركيبها من العوامل التى لما دخل فى تقدير قيمتها ، جاز بمرسوم منع استيراد تلك المنتجات أو بيعها أو عرض ' البيع مالم تحمل بيانا أو أكثر من هذه البيانات . وتحدد بقرار وزارى الكيفية التى توضع بها البيانات على المنتجات ، والإجراءات التى يستعاض عنها بها عند عدم إمكان ذلك ، على أن تكسب هذه البيانات باللغة العربية .

٢٩٠ - طرق حماية المعلومات والبيانات التجارية : هذه الطرق ، كطرق حماية براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، قد تكون إجراءات تحفظية ، وقد تكون جزاء مدنيا ، وقد تكون جزاء جنائيا .

فما يتعلق بالإجراءات التحفظية ، يجوز لمالك العلامة التجارية فى أى وقت ، ولو كان ذلك قبل رفع أية دعوى مدنية أو جنائية ، أن يستصغر ، بناء على عريضة مشفوعة بشهادة رسمية دالة على تسجيل العلامة ، أمراً من القاضى باتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة ، وعلى الأنص حجب الآلات أو أية أدوات تستخدم أو تكون قد استخدمت فى ارتكاب الجريمة ، وكذلك المنتجات أو البضائع أو عتوانات المحال أو الأغلفة أو الأوراق أو غيرها مما تكون قد وضعت عليها العلامة أو البيان موضوع الجريمة . ويجوز إجراء هذا الحجب عند استيراد البضائع من الخارج . ويجوز أن يشمل الأمر الصادر من القاضى نذب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر فى عمله ، وإلزام الطالب بتقديم كفالة . وتعتبر هذه الإجراءات باطلة بحكم القانون ، مالم تتبع فى خلال ثمانية أيام حدا مواعيد المسافة برفع دعوى مدنية أو جنائية على من اتخذت بشأنه تلك الإجراءات .

وفما يتعلق بالجزاء المدنى يحكم بالتعويضات على من اعتدى على صاحب العلامة التجارية أو على من وضع بيانا تجاريا غير صحيح على المنتجات والبضائع . ويجوز للمحكمة ، فى أية دعوى مدنية أو جنائية ، أن تحكم بمصادرة الأشياء المحبوزة أو التى تحجز فيها بعد ، لاستئزال ثمنها من التعويضات أو الغرامات ، أو للتصرف فيها بأية طريقة أخرى تراها المحكمة مناسبة . ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه . ويجوز لما كذلك أن تأمر بإتلاف العلامات غير القانونية ، أو أن تأمر عند الاقتضاء

بإتلاف المنتجات والأغلفة ومعدات الحزم وعنوانات المحال والكتالوجات وغيرها من الأشياء التي تحمل تلك العلامة أو تحمل بيانات غير قانونية ، وكذلك إتلاف الآلات والأدوات التي استعملت بصفة خاصة في عملية التزوير . ولما أن تأمر بكل ما سبق حتى في حالة الحكم بالبراءة .

وفما يتعلق بالجزاء الجنائي ، تنص المادة ٣٣ من قانون العلامات والبيانات التجارية على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة من عشرة جنيهات إلى ثلثمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط : (١) كل من زور علامة تم تسجيلها طبقاً للقانون ، أو قلدها بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور^(١) ، وكل من استعمل بسوء القصد علامة مزورة أو مقلدة . (٢) كل من وضع بسوء القصد على منتجاته علامة مملوكة لغيره . (٣) كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق ، مع علمه بذلك » . وتنص المادة ٣٤ من نفس القانون

(١) تزوير علامة هو اصطلاح علامة تطابق مطابقة تامة العلامة الأصلية ، أما التقليد فهو اصطلاح علامة مشابهة في مجموعها العلامة الأصلية مشابهة من شأنها تضليل الجمهور . وتقدير وجود تشابه من شأنه أن يحدع الجمهور مسألة واقع ، متى كانت الأسباب سائلة (نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ ص ٤٨٦ - نقض جنائي ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٦٦) . وقد استقرت أحكام القضاء (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١٠٠ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ١٠٦٣ - ٢٤ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٨٠) على القواعد الآتية : (١) ينته بلوجه التشابه ، لا بألوجه الخلاف . (ب) العبارة في التشابه هو التشابه في المظهر أمام مجروح كل من الملاحظين ، لا في التفاصيل والجزئيات . (ج) التشابه الذي يحتر تقليداً هو التشابه الذي من شأنه تضليل الجمهور ، أي المستهلك العادي ، لا المستهلك المهمل ولا المستهلك الحيقظ .

وانظر أيضاً نقض جنائي ٧ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة الكتب الفنى في حصة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١٢٧٤ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة الكتب الفنى في حصة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١٢٧٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة الكتب الفنى في حصة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١٢٧٤ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن تشابه الملاحظين من ناحيتي الشكل والجرس السمعي لا يمكن أن يؤدي إلى الخلط واللبس في مجال تجارة المسوق المتلف للازم لمصانع التبغ والصباغة ، لأن الذين الذين يقتنون مثل هذه المنتجات هم من رجال الخبرة والفن (استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٦٠ المحاماة ٤١ رقم ٣٥٥ ص ٦٨٥) .

على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة من خمسة جنيهات إلى مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط : (١) كل من خالف أحكام المواد من ٢٧ إلى ٣٢ من هذا القانون (وهي الخاصة بمطابقة البيانات التجارية للحقيقة) . (٢) كل من استعمل علامة غير مسجلة في الأحوال المنصوص عليها في الفقرات (ب) و (ج) و (د) و (و) و (ط) و (ي) من المادة الخامسة (علامات غير جائز استعمالها) . (٣) كل من ذكر بغير حق على علاماته أو أوراقه التجارية بياناً يؤدي إلى الاعتقاد بحصول تسجيلها » .

القسم الثاني
حق الملكية

تمهيد (*)

٢٩١ - الأساس الذي يقوم عليه حق الملكية مشروعية هذا الحق :
 حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقاً ، بل هو جماع هذه الحقوق العينية ،
 وعنه تنفرع جميعاً . فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله
 (*jus utendi*) ، وحق استغلاله (*jus fruendi*) ، وحق التصرف
 فيه (*jus abutendi*) ، وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها
 القانون للشخص على الشيء . فإذا اقتصر حق الشخص على استعمال الشيء
 واستغلاله ، كان هذا حق انتفاع منفرعاً عن حق الملكية . وإذا اقتصر حقه على
 استعمال الشيء لحاجاته الشخصية وحدها ، أو اقتصر حقه على السكنى دون أى
 وجه آخر من وجوه الاستعمال ، كان هذا حق استعمال أو حق سكنى ، وكلا
 الحقين منفرع عن حق الملكية . وإذا اقتصر حقه على استعمال الشيء على وجه
 معين أو الحصول منه على منافع معينة ، كان هذا حق ارتفاق ، هو أيضاً
 منفرع عن حق الملكية . وإذا اقتصر حق الشخص على التصرف في الشيء
 جبراً على المالك لاستيفاء حقه متعلماً على غيره من الدائنين ، كان هذا حق
 رهن أو حق اختصاص أو حق امتياز ، وكلها حقوق تبعية إذ هي تكفل الدين
 فهي تابعة له ، وهي أيضاً منفرعة عن حق الملكية . فالمالك إذن يستطيع أن
 يفعل في ملكه ما يشاء إلا ما ينهى عنه القانون ، أما صاحب أى حق مبنى آخر
 فلا يستطيع أن يفعل في الشيء إلا ما نص عليه القانون ولا يستطيع أن يفعل
 أى شيء آخر .

وقد استتبع اتساع نطاق حق الملكية إلى هذا المدى البحث عن مشروعيته
 والأساس الذي يقوم عليه ، فاختلقت المذاهب والأنظار في ذلك^(١) . نبعض

(٥) مراجع : انظر للمراجع العامة المشار إليها في القسم الأول .

(١) فلت مهدأغلادون الملكية الفردية محل الهجوم عليها وللدفاع عنها - انظر Landry في
 لقائمة الاجتماعية للملكية الفردية سنة ١٩٠١ - Tamerde Rothe في جرد الملكية سنة ١٩٢٠ -
 Rouard et Trotabas في الرقطة الاجتماعية للملكية الفردية سنة ١٩٢٠ - Coole-Florat في =

يذهب إلى أن الملكية الفردية تقوم على القانون الطبيعي : ولكن لو كانت الملكية الفردية تقوم على القانون الطبيعي لوجدت في كل الأزمان والعصور ، وسرى أنها إنما كانت ثمرة تطور طويل ولم تكن موجودة من قبل . وبعض يذهب إلى أنها تقوم على الاستيلاء ، فمن وضع يده على مال ملكه وبقي مالكا له وانتقل منه إلى ورثته . ولكن الاستيلاء كسب من أسباب كسب الملكية الفردية يفترض ضرورة أن الملكية للفردية كانت موجودة قبله ، حتى يصح أن يكون الاستيلاء سببا في كسبها . وهناك من يذهب إلى أن الملكية الفردية تقوم على النفع الاجتماعي لتفوقها على جميع نظم الملكية الأخرى ، إذ المجتمع الذي يمارس الملكية الفردية أرقى بكثير من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية من المجتمع الذي لا يمارسها . ولكن ذلك يفترض أن المجتمع كان بالخيار بين الملكية الفردية والملكية غير الفردية ، فاختار الملكية الفردية لنفعها . والصحيح أن الملكية الفردية لم تكن نتيجة مقارنة واختيار ، بل كانت ثمرة تطور طويل ظل أحقابا عديدة حتى انتهى إليها ، وسرى قيا إلى كيف تطورت الملكية .

وإذا أردت للملكية الفردية ان تقوم على أساس مشروع ، فخير أساس لها هو العمل . فالعالم يكسب أجر عمله ، وهذا الكسب الحلال هو بلورة الملكية الفردية . ومتى سلمنا بأن الفرد له حق مشروع في كسب عمله ، فقد سلمنا بمشروعية الملكية الفردية . هذا الكسب الذي جناه الفرد ثمرة لعمله هو ملك له ، وينبغي أن يستأثر به دون غيره ، فقد كسبه بعرق جبينه وبكده . ولا يوجد كسب حلال ككسب العمل ، ولا حافز على العمل أفضل من الكسب الحلال . وإذا قلنا إن من حق الفرد أن يستأثر بكسب عمله ، فقد أثبتنا له حق ملكية فردية على هذا الكسب . ومن حقه إذن أن يستمتع بجميع عناصر حقه ، فينتفع به استعمالا واستغلالا ، ويتصرف فيه وهو لا يزال حيا ، وينقل عنه إلى ورثته بعد موته . هذه هي عناصر الملكية الفردية ، لا مناص من التسليم بها .

= الطبيعة القانونية الحق الملكية بموجب التقنين المدني ومنه التقنين المدني رسالة من مونيه سنة ١٩٢٥ - Morand من الملكية للأعمال إلى الملكية الإنسانية سنة ١٩٣٦ - Gonnard في الملكية في النقد وفي التاريخ سنة ١٩٤٣ - Salleron سنة أبحاث في الملكية الجماعية سنة ١٩٤٧ - Janas في الملكية ونظام الأموال في الحضارات الشرقية سنة ١٩٥٣ - Chaleye في تاريخ الملكية الطبعة الخامسة سنة ١٩٥٨ - Feretzone بحث في فكرة الملكية الاجتماعية سنة ١٩٦٣ .

من سلطنا مبدأ الملكية الفردية في ذاته . وإذا كان الملك ينتقل في بعض الأحيان إلى وريثة لا يستحقونه ولم يكسبوه بعملهم هم . فهذه ضرورة لا مبدى منها ، ويعوض عنها ما تولده الملكية الفردية من حافز على العمل . على أن المال إذا انتقل إلى وريثة لا يستحقونه لا يلبث أن ينتقل من أيديهم ، وينتقل إلى أيدي أصلح .

فالمعمل إذن هو الأساس المشروع الذي تقوم عليه الملكية الفردية ، وما الملك إلا الأجر استحقه الأجير ، وينبئ أن يعطى إياه قبل أن يحرق عرقه .

٢٩٢ - التطور التاريخي للملكية في غرب أوروبا : ذهب كثيرون من الباحثين إلى أن الملكية بدأت أولاً ملكية جماعية (*propriété collective*) ، تشارك فيها جميع أفراد القبيلة ولا يستأثر بها أحد منهم ، فكانت الأرض والأملحة والعديد بوجه خاص مملوكة ملكية جماعية للقبيلة في الحضارة البدوية . ولما استقرت الجماعات في الأرض ، وتطورت الحضارة من حضارة يندوية تقوم على رعى المواشى إلى حضارة زراعية تقوم على زراعة الأرض ، تطورت الملكية مع تطور الحضارة فأصبحت ملكية عائلية (*propriété familiale*) . وانتهت الملكية بعد تطور طويل إلى أن تكون ملكية فردية (*propriété individuelle*) ، ولكن مع بقاء بعض آثار الملكية العائلية كالميراث والنصيب الذي يجب أن يستثنى للورثة دون أن تجوز الوصية فيه (١) . وإذا تابعتنا التطور التاريخي لحق الملكية في غرب أوروبا منذ عهد الرومان إلى نشوب الثورة الفرنسية وصلود التقنين المدني الفرنسي ، وجدنا أن هذا الحق لم يبق على وتيرة واحدة ، بل إنه تطور تطوراً غير مطرد . فتبسطت الملكية ، ثم تعقدت ، ثم عادت إلى التبسط ، لتعود بعد ذلك إلى التعقيد ، وتنتهي أخيراً إلى التبسط .

ففي المهود الرومانية القديمة ، كانت الملكية جماعية (*gens*) وعائلية (*familia*) ، وكانت فردية في بعض الأشياء الامتلاكات المحددة ،

(١) انظر في ذلك Lavelaye في الملكية الفردية وصورها البدائية لعلية الرابعة سنة ١٨٩١ - Cuvillier في علم الاجتماع سنة ١٩٥٠ جزء ٢٠ ققرة ١٧٢ - مازو ققرة ١٢٩٦ - جلافول وريجير وبولانجه ١ ققرة ٢٧١٤ - وقارن مارتى وريينو ققرة ٢٢ .

كالمنقولات والعبيد ، وكان معنى الملكية يختلط بالمعنى الدينى ويعمى سيادة الدولة . ولما قوى سلطان الدولة قامت الملكية العامة (ager publicus) ، وبدأ معنى الملكية الفردية يظهر على الأراضى التى كانت الدولة تقطعها للأفراد فى صور مختلفة . وانتهى الأمر فى العهد الكلاسيكى إلى ظهور الملكية الفردية (dominium ex jure quiritium) ظهوراً كاملاً مع دعمها على أسس قوية (plena in re potestas) . وإلى جانب هذه الملكية الفردية المبسطة ، ظهرت فى الأقاليم ملكية أخرى معقدة وهى الملكية البريطورية (prop. prétorienne) ou bonitaire : in bonis) ، وهى الملكية غير الرومانية (prop. pérégrine) ، حيث تقوم ملكية الدولة فوق ملكية الفرد فى الأرض الواحدة . وأخذت هذه الملكية الجديدة تتبسط شيئاً فشيئاً ، وتختفى فيها ملكية الدولة ويغلب حق الفرد ، حتى أصبحت فى عهد جستينيان ملكية فردية تامة على غرار الملكية الرومانية .

ولكن ما لبثت المصور الوسطى والعادات الجرمانية أن عقدت الملكية الفردية من جديد ، وكانت الملكية فى العادات الجرمانية ملكية فردية فى المنقولات وفى منزل السكنى ، جماعية فى الأراضى الزراعية . وفى عهود الإقطاع بعد أن بدأت الحروب وتوطدت السلطات المركزية ، سادت الملكية الإقطاعية فى الأرض (féodalité foncière) ، وقامت الملكية الفعلية (domaine utile) إلى جانب الملكية الأصلية (domaine éminent, direct) . وتجردت الملكية الأصلية شيئاً فشيئاً عن معانى الملكية ، وأصبحت الملكية الحقيقية فى يد صاحب الملكية الفعلية . وتمثلت الملكية الأصلية فى بعض مزايا وخصومات وأعطيات (redevances) يؤدها التابع (vassal) أو الحائز (tenancier) وهو صاحب الملكية الفعلية إلى السيد (seigneur) وهو صاحب الملكية الأصلية . ولم تعد الملكية فى الواقع من الأمر إلا ملكية فردية واحدة ، هى ملكية التابع أو الحائز أى الملكية الفعلية ، وآلت الملكية الأصلية إلى أن تكون مجرد تكاليف تنقل الأرض ، وأقرب إلى أن تكون حقاً من حقوق الارتفاق^(١) .

(١) انظر فى ذلك بلاذبول وريير وبيكار ٣ مقرة ٣ - كروان وكايتان وهى لامور أنديير

ثم نشبت الثورة الفرنسية ، واكتفح الفلاحون في الأقاليم قصور النبلاء ، وحرقوا السجلات التي تتضمن ما لهؤلاء النبلاء من حقوق وتكاليف على الأرض ، بل وحرقوا معها في بعض الأحيان القصور ذاتها وقتلوا النبلاء أصحاب هذه القصور ، وتادوا بتحرير الأرض من كل التكاليف والحقوق الإقطاعية . وفي ليلة ٤ أغسطس سنة ١٧٨٩ ، بعد هدم الباستيل بأقل من شهر ، أقرت الجمعية الوطنية (Assemblée Nationale) قانونا يقضى بإلغاء الإقطاع إلغاء تاماً^(١) ، وتخلصت ملكية الأرض من جميع أقالها الإقطاعية ، وأصبحت ملكية خالصة لصالحها ، بل أصبحت « حقاً مقدساً لا يجوز انتهاك حرمة ، ولا يجوز حرمان صاحبه منه ، إلا إذا قضت بذلك في وضوح ضرورة من مصلحة عامة ثبتت قانوناً ، وبشرط تعويض عادل بدفع مقدماً » (م ١٧ من إعلان حقوق الإنسان)^(٢) . وفي دستور سنة ١٧٩١ ، في المادة ٨٧ منه ، وصف حق الملكية بأنه حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمة .

وسرت روح الثورة ، فيما يتعلق بحق الملكية ، إلى القرنين المئتين والقرن العشرين ، فعرفته المادة ٤٤٤ هـ من هذا القرن بما يأتي : « الملكية هي الحق في الانتفاع بالشيء وفي التصرف فيه على نحو أشد ما يكون إطلاقاً ، بشرط ألا يستعمل الشيء على وجه يخرجه القانون أو اللوائح » . وقال پورتاليس (Portalis) في صدد هذه المادة : « ولقد اعتبر دائماً مبدأ من المبادئ الحرة أن الملكية الفردية في القرنين المئتين تدخل ضمن النظم الطبيعية ، بل النظم الإلهية ، وأن حقوق الملاك على أملاكهم هي حقوق مقدمة يجب أن تحترمها الدولة نفسها »^(٣) .

(١) وقد نفذ هذا القانون عن طريق إصدار سلسلة من الذكريات انتهت بقانون ١٧ يولييه سنة ١٧٩٣ (أنظر مارك وروينر فقرة ٣٥ ص ٣٩ - پلانيون وروبير وبولانييه ١ فقرة ٢٩٨٦) .

(٢) وهذا هو النص للنسخة ١٧ من إعلان حقوق الإنسان : *La propriété, étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.*

(٣) Locat. جزء ٨ ص ١٥٦ - على أنه يلاحظ أن الثورة الفرنسية لم تعمل إلا أن تسجل نهائياً تحرير الأرض من القيود الإقطاعية ، أما التحرير ذاته فقد تحقق تدريجياً على مدى قرون سبقت الثورة ، وكان أمراً قد تم في الواقع قبل إعلانه في القانون (أنظر في هذا المعنى پلانيول وروبير وبيكار ٣ فقرة ٤ ص ٦ - ص ٧) .

٢٩٣ - التطور التاريخي لحق الملكية في البلاد الإسلامية وفي مصر:

حق الملكية في المنقول اعترف به اعترافاً كاملاً في جميع البلاد الإسلامية ومنها مصر ، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

أما الأراضي فكانت قسمين : (١) أرضا عشورية ، وهي مملوكة ملكية تامة لأصحابها ، وتدفع العشر عينا مما تغله للإمام (أى للدولة) . وتشمل جميع الأراضي الواقعة في الجزيرة العربية إذ لا يقبل فيها إلا الإسلام ، والأراضي التي أسلم أهلها طوعاً فتبقى لهم ويدفعون عنها العشر ؛ والأراضي التي فتحت عنوة وقهراً وقسمت بين الغانمين المسلمين فهؤلاء يملكون الأرض بقسمتها بينهم ويدفعون عنها العشر . (٢) أرضا خراجية ، وهذه تدفع الخراج للإمام ويتراوح بين الخمس والنصف بحسب تقدير الإمام . وتشمل الأرض الخراجية الأراضي التي فتحت عنوة وقهراً (في غير الجزيرة العربية) وتركها الإمام في يد أصحابها وضرب عليها الخراج بحسب تقديره^(١) ، والأراضي التي لم تفتح عنوة وقهراً بل سلم أهلها صلحا بضرب عليها الخراج بحسب عهد الصلح . والأرض الخراجية في البلاد المفتوحة صلحا تكون ملكيتها بحسب الوارد في عهد الصلح ، فقد يرد في هذا العهد أن تترك الملكية لأصحابها فتكون لهم عليها ملكية تامة ولا يلتزمون إلا بدفع الخراج للإمام ، وقد يرد في عهد الصلح أن الأرض تكون وقفا ولا يكون لأصحابها عليها إلا حق الانتفاع بها في نظير دفع الخراج . أما في البلاد المفتوحة عنوة وقهراً ، فللإمام الخيار بين جعل الأرض وقفا وترك حق الانتفاع بها لأصحابها في نظير دفع الخراج . وبين ترك ملكية الأرض لأصحابها يملكونها ملكية تامة ولا يلتزمون إلا بدفع الخراج^(٢) .

ولما فتح العرب مصر - أقروا المصريين على أراضيهم ولم تنزع منهم ،

(١) والخراج غير الجزية ، فالخراج ضريبة على الأرض أسلم صاحبها أو لم يسلم ، وأما الجزية فضريبة على الشخص إذا لم يسلم وتعتبر مقابلاً لإعفائه من التجنيد في جيوش المسلمين .

(٢) انظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٩ والمراجع المشار إليها . وانظر رسالته بالفقرتين في نفاذ حق الملكية في مصر ص ٩ وما بعدها - ومؤلفه في الملكية المقاربية في مصر ط ٢ وما يتارخى ص ٢٥ وما بعدها .

وأصبحت أراضي خراجية يلتزم أهلها بدفع خراجها^(١). ولما كان المصريون لا يملكون رقبة الأرض منذ حكم الرومان ومن قبلهم من الفاطميين ، بل منذ عهد الفراعنة^(٢) ، فإن العرب اعتبروا أن رقبة الأرض قد انتقلت إلى الدولة الجديدة وقد حلت في ذلك محل الدولة البيزنطية ، وبقي لأصحاب الأراضي حق الانتفاع بها في نظير دفع الخراج .

وبنى الأمر كذلك إلى عهد محمد علي ، ففي سنة ١٨١٣ أمر محمد علي بجمع الأراضي المصرية ، وقسم البلاد إلى مديريات ومراكز ونواح ، وربط الأراضي المزروعة أو القابلة للزراعة زمائماً للنواح . ووزع الأراضي بين أهالي الناحية للانتفاع بها ، وبقيت أراضي خراجية يدفع عنها الخراج أو المال .

(١) وهناك خلاف فيما إذا كانت مصر قد ضمت صلحاً أو فتحت عنوة وقهراً ، ومهما يكن من شأن هذا الخلاف فإنه لا أثر له مادام المصريون قد أقروا على أراضيهم ولم تنزع منهم ، فهذا الإقرار جائز في حالتي القنص صلحاً والقنص عنوة وقهراً .

(٢) كانت مصر ، في عهد الفراعنة ، مقسمة إلى مقاطعات (nomes) ، ولم يكن سكان هذه المقاطعات ملاكاً للأراضي التي يؤدون عنها الضرائب ، بل كان لهم حق الانتفاع فقط ، وكانت الرقبة ملكاً لفرعون . وفي عهد الأسرة السابعة عشرة وزعت الأرض توزيعاً جديداً ، فالتسماها الملك والكهنة . ثم ظهرت طائفة ثالثة من الملاك ، هي طائفة الجنود المحاربين . ولكن كلا من طائفتي الكهنة والمحاربين لم يكن مالكة ملكية تامة للأرض ، بل كان له عليها حق انتفاع فقط . وفي عهد الأسرة الحادية والعشرين نودي بالإله آمون مالكا للأرض بدلاً من الملك . أما الفلاحون فكانوا حائزين للأرض رد حيازة ، يزورعونها ويؤدون عنها اجها للدولة . ثم توسعت حقوقهم في عهد الأسر المصرية الأخيرة ، الثامنة والعشرين والتاسعة والعشرين والثلاثين ، فكان للفرد أن يوجب الأرض ويبيعها ، وله كذلك أن يهبها بقبول معينة . ولكن ملكية الأراضي لم تحصل كاملة الجائز ، كما غلبت في عهد الرومان طبقاً لأحكام قانون الألواح الإثني عشر . وفي عهد البطالسة كان الملك مستأجراً برتبة الخزانة الأكبر من الأراضي المصرية . ولم يكن في ذلك العهد سوى الملك وله ملك الرقبة ، وطائفة للزراعة ولهم حيازة الأرض أو ملك التمتع ، وكان عليهم أن يؤدوا الملك ضريبة إقراراً بحق في ملك الرقبة .

ولم يغير الرومان من هذه التنظيم ، ولكن مصر ضمت إلى أملاك الإمبراطور . فاقبل هذا كاهل المصريين بفرض شق من السفر والتهالكات المالية . وكانت الضرائب فرضت إلى روما ، ثم إلى القسطنطينية بعد أن أصبحت مصر جزءاً من الإمبراطورية البيزنطية . وهكذا لم يتغير نظام ملكية الأراضي ، فظل الملك مالكا لرقبة ، ويقطع الأرض للأفراد لزراعتها على أن يدفعوا ما يفرض عليهم من الضرائب .

انظر في تفصيل ذلك عهد كامل مرسى ٢ بقرة ٣ - بقرة ١٢ .

ثم صدرت اللائحة السعيدية ، في عهد محمد سعيد في ١٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ (٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤) ، توسع كثيراً من حقوق أصحاب الأراضي على أراضيهم الخراجية . فأصبحت هذه الأراضي تورث عنهم للوراث الشرعي ، ويجوز لهم التصرف فيها ورهنها غاروقة وإيجارها ، حتى يمكن القول بأن أراضي مصر ، وإن بقيت أراضي خراجية ، أصبح لأصحابها عليها من الحقوق ما يقرب من حقوق الملاك . وهذه هي أهم الأحكام التي وردت في اللائحة السعيدية في هذا الصدد: (١) إذا مات صاحب الأرض ، فليبت المال أن يوجهها إلى من شاء ، ولكن متى كان للميت ورثة شرعيون ، فمراعاة لتعيشهم وعدم حرمانهم من انتفاعهم يكونون أحق وأولى من الغير ، سواء كانوا ذكورا أو إناثاً . ويكون أغلبهم لها بنسبة تقسيم الميراث الشرعي ، بشرط أن يكونوا مقتدرين على زراعتها وتأديتها خراجها ولو بواسطة الوكلاء والأوصياء الذين يصير تنصيبهم عليهم بمعرفة القاضي عن يد الحكومة (بند ١) . (٢) يجوز لأصحاب الأقطان الخراجية أن يسقطوا حقوقهم ويفرغوها لغيرهم ، بموجب حجاج شرعية من محكمة الجهة أو النواب المأذونين بسماع الدعاوى الشرعية وكتابة الحجاج ، ويكون ذلك بعد الاستئذان من المديرية وصدور الإذن منها بتحرير الحجة . ويشترط في الحجة على المفرغ له أو المبيع له أن يكون ممثلاً إلى القوانين واللوائح التي تصدر من الحكومة ، ويكون ملزماً بسداد الأموال (بند ١٠) . (٣) يجوز رهن الأقطان الخراجية بالغاروقة من صاحب الأثر إلى من يريد ، بشرط أن يكون ذلك باطلاع المديرية (بند ٨) . (٤) يجوز لصاحب الأثر أن يؤجر لمن يريد بمعرفة ، إنما يكون عقد الإيجار عن سنة واحدة إلى ثلاث سنين فقط ، ويجوز تجديدها . ولأجل ضبط واعتماد تحرير شروط الإيجارات ، ينبغي ألا يكون عقد الإيجار أو المشاركة إلا بموجب سند ديواني محرر بواسطة المديرية (بند ٩) . (٥) بما أن الأراضي الخراجية لا تملك للمزارعين فيها ، بل ليس لهم فيها إلا حق الانتفاع بها ماداموا يتعهدونها بالزراعة ، فإذا تركها المزارعون اختياراً مدة تبلغ ثلاث سنوات سقط حقهم فيها ، وذلك بحسب أصول الشريعة . ومع كون الحكم الشرعي قضى بتجديد الثلاث السنوات ، لكن بطريق العرف ، لما لوحظ من واقعات أحوال الأهالي ، جوز علاوة سنتين أخريين على ذلك الميعاد لتكون للمدة

خمس سنوات . فمن كانت تحت يده أطيان خراجية . ذكر أكان أو أنى ، وواضع يده عليها خمس سنوات فأكثر . وقائم بتأدية ما عليها من الخراج لجهة الميرى . فلا تنزع من يده . ولا تسمح فيها دعوى ضده بوجه من الوجوه (بند ٥) . (٦) يكون لمن يفرس أشجاراً أو يحفر سواقي أو ينشئ أبنية في أراضي الخراجية ، أو لورثته بعده ، التصرف فيها بجميع التصرفات للشرعية من بيع وهبة وغير ذلك (بند ١٢) (١) .

وفي عهد إسماعيل ، بموجب الأمر الكريم الصادر في ١٠ يناير سنة ١٨٦٦ (٢٢ شعبان سنة ١٢٨٢) ، أجازت الوصية في الأراضي الخراجية ، دون وقفها لأن وقف الأطيان الخراجية يتعلق بالإرادة الخلدوية .

ثم صدرت لأئمة المقابلة في ٣٠ أغسطس سنة ١٨٧١ تقضى بأن من يدفع خراج ست سنوات مقدماً على أطيانه ، ويطلب استخراج حجة شرعية أو الشرح على حجته التي تكون بيده ، يثبت له الحق في الهبة والتوارث والوصاية والإسقاط (٢) .

وقد صدر التقنين المدني المخطوط في سنة ١٨٧٦ ، مقنناً للأحكام المتقدمة الذكر على الوجه الآتي : م ٢١ - الأموال الخراجية هي التي في ملك الميرى ، وأسقط حق منفعتها للناس بالشروط والأحوال المقررة في اللوائح . م ٣٥ - يجوز أن يكون حق الانتفاع مؤبداً متى قرره الحكومة على الأراضي الخراجية طبقاً للوائح . م ٣٦ - وفي هذه الحالة يجوز إسقاطه كله أو بعضه أو رهنه . م ٤٨ - إذا لم يتم المنتفع بأرض خراجية بدفع الخراج ، جاز حرمانه من الانتفاع بها ، بشرط مراعاة حقوق الدائنين المرتبطين . م ٤٩ - عدم القيام بسداد أموال الأراضي المملوكة الرقبة الميرى يترتب عليه فقط أن يباع بالطريق الجبرى جزء من حق الانتفاع بالأرض بقدر ما يكفي لسداد تلك

(١) محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٤٧ ص ٩٠ - ص ٩٢ .

(٢) وقد أنى الأمر العالي الصادر في ٦ يناير سنة ١٨٨٠ أحكام قانون المقابلة ، ولكن نص في بند (٥) من هذا الأمر العالي على أن جميع أحكام القانون المذكور (قانون المقابلة) المتعلق بجعل حقوق ملكية الأطيان الذين دفنوا عنها المقابلة تبقى مرعية الإجراء والعمل ، ودفع جزء من المقابلة يكفي للاستعواذ على حقوق الملكية التامة . وانظر أيضاً بند (٨٧) من قانون الصيغة الصادر في ١٧ يونيو سنة ١٨٨٠ .

الأموال . ٢/٥٠م - ومن له حق انتفاع في أراض خراجية أو إيعادية يسقط حقه في الانتفاع ، إذا ترك الأرض بدون زراعة لمدة خمس سنوات ، ويشهر حق الانتفاع في المزد بالتطبيق للوائح . م ١٠٥ - يكتسب حق الانتفاع في الأراضي الخراجية بوضع اليد لمدة خمس سنوات ، بشرط أن يكون واضح لليد قائما بزراعتها .

ثم صدر التفتين المدني الأهل في سنة ١٨٨٣ ، وجاء في المادة ٦ منه ما يأتي : « تسمى ملكا العقارات التي يكون للناس فيها حق الملك التام ، وتعتبر في حكم الملك الأطنان الخراجية التي دفعت عنها المقابلة اتباعا للمنصوص بلائحة المقابلة وبالأمر العالي الصادر بتاريخ ٦ يناير سنة ١٨٨٠ . »
وفي ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ صدر أمر عال يجعل جميع الأطنان الخراجية ، حتى التي لم تدفع عنها المقابلة أو جزء منها ، مملوكة ملكية تامة لأصحابها (١) .
ومن ذلك الوقت ألغى الفرق ما بين الأراضي المملوكة والأراضي الخراجية ،

(١) وهذا هو نص الأمر العالي المشار إليه . بعد الإطلاع على المادة الخامسة من أمرنا الصادر في ٦ يناير سنة ١٨٨٠ بإلغاء المقابلة : بند ١ - اعتبارا من هذا التاريخ يكون لأرباب الأطنان الخراجية التي لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة في أطنانهم ، أسوة بأرباب الأطنان التي دفعت عنها المقابلة بتأجيرها أو جزء منها . بند ٢ - تلغى جميع الأوامر والنهاتين السابقة الخاتمة لأحكام هذا الأمر .

ولما كان هذا الأمر العالي يعدل من أحكام المادة ٦ من التفتين المدني الأهل ، فقد صدر أمراحال في ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ بتعديل المادة ٦ المذكورة على الوجه الآتي : « بعد الإطلاع على المادة السادسة من القانون المتبع لدى المحاكم الأهلية المصدق عليه بالأمر العالي الصادر في ٢٦ ذي الحجة سنة ١٣٠٠ (٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣) » - وبعد الإطلاع على المادة الخامسة من الأمر العالي الصادر في ٦ يناير سنة ١٨٨٠ بإنشاء قانون المقابلة ، المصرح فيها بأن تبقى جميع أحكام القانون المذكور المتعلقة بحمل حقوق ملكية الأطنان الذين دفعوا عنها المقابلة مرعية الإجراء والعمل ، وبأن دفع جزء من المقابلة يحول حقوق الملكية التامة في الأطنان المذكورة - وبعد الإطلاع على الأمر العالي الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ الذي جعل لأرباب الأطنان الخراجية التي لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة في أطنانهم أسوة بأرباب الأطنان التي دفعت عنها المقابلة بتأجيرها أو جزء منها : ١٠م - عدلت المادة الخامسة من القانون المدني الأهل بالكيفية الآتية : يسمى ملكا العقارات التي يكون للناس فيها حق الملك التام ، بما في ذلك الأطنان الخراجية . »

وبالرغم من أن التفتين المدني المختلط لم يعدل كما عدل التفتين المدني الأهل ، إلا أن المحاكم المختلطة قضت باعتبار جميع الأطنان ملكا ، لا فرق في ذلك بين الأطنان الخراجية ، سواء أدفعت عنها المقابلة أم لم تدفع ، وبين الأطنان العشورية .

انظر محمد كامل حرسى ٢ ققرة ٤٩ ص ٩٧ والأحكام المشار إليها في هامش رقم ١

وأصبحت جميع الأراضي في مصر مملوكة ملكية تامة لأصحابها . وتمت بذلك حلقات تطور طويل ، مرت عليها ملكية الأراضي في مصر .

٢٩٤ — اتجاهات الحديثة بالنسبة إلى حق الملكية : ويبدو أن الاتجاهات الحديثة بالنسبة إلى حق الملكية الفردية أخذت الآن تتعكس عما كانت عليه من قبل . ففي حين أن الملكية الفردية كانت تقوى وتوسع طوال القرن التاسع عشر والربع الأول من القرن العشرين ، إذا بها في الوقت الحاضر ترجع القهقري تحت ضغط التيارات الاشتراكية والمذاهب الاقتصادية التي تناصر تدخل الدولة في تنظيم الملكية الفردية والحياة الاقتصادية بوجه عام . ويمكن تلخيص هذه الاتجاهات الحديثة ، التي تسود الآن كثيراً من بلاد العالم (١) ، فيما يأتي (٢) :

١ — استكثرت القوانين في مختلف بلاد العالم من القيود التي تحيط بالملكية الفردية ، وبخاصة بالملكية العقارية وملكية الأرض . وتغلبت في النهاية الزعة الحديثة التي تجعل للملكية وظيفة اجتماعية ، ولا تقصرها على أن تكون حقا ذاتيا يساثر به صاحبه ويتصرف فيه على مقتضى هواه .

٢ — لم تقتصر الدولة على الاستكثار من قيود الملكية ، بل سارت خطوات أسرع بكثير من ذلك . فأخذت تستولي على الملكيات الفردية في سبيل المصاحبة العامة ، نارة باسم الإصلاح الزراعي ، وطورا تحت راية التأمين الذي اتسع نطاقه اتساعا كبيرا في الوقت الحاضر في كثير من بلاد العالم .

٣ — وتشجع الدولة في الوقت الحاضر الملكيات الصغيرة ، فضفت الملكيات الكبيرة وتجزئتها إلى ملكيات صغيرة توزعها على صغار الفلاحين ، وهذه هي مهمة قوانين الإصلاح الزراعية . وهذا بالنسبة إلى الأراضي الزراعية ، أما بالنسبة إلى المباني فإن الدولة تعتمد عادة إلى تزويد الأسر بمساكن مخصصة بها ، فتنسحب من تشييد المباني التي تخصصها لسكنى العمال بل ولسكنى

(١) وهذا غير البلاد ذات النظم الشيوعية ، فهذه النظم لا تنترف بالملكية الفردية إلا في حدود ضيقة ، أعصها المنقولات الشخصية ومنازل السكنى . أما الأرض والآلات وغيرها من وسائل الإنتاج ، فهي في هذه النظم لا يجوز أن تكون محلا للملكية الفردية .

(٢) انظر مازو فقرة ١٣٠٣ .

الطبقات التوسعة : وتنظم ملكية الطبقات حتى يتيسر للأسرة أن تملك طبقة خاصة بها في مبنى متعدد الطبقات .

٤ - وفي الوقت الذي تنحصر فيه الملكية الفردية عن الأرض والعقار بوجه عام ، إذا بها تمتد وتتسع رقعتها في المنقول . وقد تناولت الملكية الفردية كثيراً من المنقولات المستحدثة ، كالأسمم والحصص والأوراق المالية بوجه عام ، وما يسمى عادة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية ، وقد رأينا أن التكييف الصحيح لهذه الملكية الحديثة هو أنها حقوق عينية منقولة تقع على أشياء غير مادية^(١) .

٢٩٥ - التعديلات الجوهرية التي أدخلها التقنين المدني الجديد في حق

الملكية : وإذا قارنا التقنين المدني السابق في حق الملكية بالتقنين المدني الجديد ، نجد أن التقنين المدني الجديد استحدث تعديلات جوهرية يمكن إجمالها - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - في أمرين :

« أولاً - جاء التقنين المدني الحالي (السابق) مقتضياً كل الاقتضاب في حق يعتبر من أهم الحقوق في القانون . فهو لم يخصص لحق الملكية إلا نصاً يعرفه فيه ويذكر ما يعد من ملحقاته ، ونصاً آخر يشير إلى الملكية المعنوية . فإذا قسمنا إلى هذين النصبين النصوص الأخرى التي وردت في حق الارتفاق ، وهى نصوص تتعلق بالقيود القانونية الواردة على حق الملكية ، استغفنا بذلك كل النصوص التي وردت في التقنين الحالي (السابق) خاصة بهذا الحق . أما المشروع (التقنين المدني الجديد) فقد عرف حق الملكية تعريفاً يستجمع فيه عناصر هذا الحق وقيوده . وأعقب التعريف بنصوص تعدد نطاق الملكية تحديداً يتمشى مع أحدث التطورات العلمية . وعزز ذلك بتقرير حماية هذا الحق ، فلا يجوز أن يجرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي رسمها . وانتقل المشروع (التقنين المدني الجديد) بعد ذلك إلى ما يرد على الملكية من قيود . . . وانتقل المشروع (التقنين المدني

(١) انظر أنفاً فقرة ١٦٦ - وانظر بلانويول وريبير وبيكار ٣، فقرة ٢١٥ - كولان

وكاليجان وحى لاموراندوير ١ فقرة ٩٦٢ .

الجديد) بعد ذلك إلى أنواع خاصة من الملكية ، وذكر منها الملكية النائمة وملكية الطبقات ... » .

« ثانياً - لم يخلع المشروع (التقنين المدني الجديد) على حق الملكية هذه الصفة المطلقة التي نص عليها التقنين الحالي (السابق) ، بل نبذها إلى فكرة أخرى هي الآن الفكرة المتغلبة في التقنينات الجديدة ، وهي التي تمثل الفكرة الحديثة في تطور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقاً لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقاً للحماية ... »^(١) .

٢٩٦ - غرض البحث : نجعل كلامنا في حق الملكية في أبواب ثلاثة :

الباب الأول - حق الملكية بوجه عام ، نطاقه ووسائل حمايته .

الباب الثاني - القيود التي ترد على حق الملكية .

الباب الثالث - الملكية في الشيوخ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦ - ١٠ - والنظر في تنظيم الملكية في التقنين

المدني الجديد ومقارنته بالتقنين المدني القديم عند حل عروة فقرة ١٥٣ : وقد فصل ميربب التقنين القديم ومزايا التقنين الجديد في الشكل وفي الموضوع .

الباب الأول

حق الملكية بوجه عام

نطاقه ووسائل حمايته

الفصل الأول

حق الملكية بوجه عام

٢٩٧ - تعريف من الملكية : تنص المادة ٨٠٢ مدني على ما يأتي :

« للمالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٢ من المشروع النهائي على الوجه الآتي :

« للمالك الشيء ، ما دام ملتزماً بحدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به : وأن يتصرف فيه ، دون أي تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » .
وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : « للمالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، على أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » ، وأصبح النص رقمه ٨٧٠ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب استبدلت عبارة « حق استعماله » بعبارة « حق استعمال الشيء » ، وأصبح رقم المادة ٨٦٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أقر نص رئيس اللجنة على المادة من ناحية التعبير فيها بأن حق الملكية ونتيجة اجتماعية ، وقال إن في هذا التعبير تصويراً للذهب فلسفي . فرد على الحكومة على هذا الإعراض بأن هذه الصفة هي المتغيرة في التقنيات الجديدة ، وهي التي تمثل النزعة الحديثة في تصور حق الملكية ، فليس هذا الحق مطلقاً لا حده له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ، وبمعية القانون مادام يفعل . أما إذا خرج عن هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقاً للحماية . ويترتب على ذلك تقييدان : (١) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هي التي تقدم . (٢) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة هي التي تقدم بعد أن يعوض المالك ترميضاً عادلاً . فوافقت اللجنة على النص ، على أن تعود إليه النظر في هذا التعبير الجديد . وفي جلسة تالية =

ويمكن أن يستخلص تعريف حق الملكية من هذا النص ، فيقال إن حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم ، وكل ذلك في حدود القانون .

وقد كان التفتين المدني السابق يعرف حق الملكية ، في المادة ٢٧/١١ منه ، على الوجه الآتي : « الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة ... » . فكان حق الملكية في التفتين المدني السابق ، على غرار حق الملكية في التفتين المدني الفرنسي ، حقا مطلقا (absolu) . ولم يشأ التفتين المدني الجديد ، مسائرا في ذلك الاتجاهات الحديثة ، أن يجارى التفتين المدني السابق في جعل حق الملكية حقا مطلقا . فتجنب في النص أن يصفه بهذا الوصف ، وزاد على ذلك بأن صرح بأن الحق مقيد إذ للمالك يجب أن يلتزم حدود القانون . بل إن المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٠٢ مدني كان ينص صراحة على أن لحق الملكية وظيفة اجتماعية ، إذ كان يقول : « للمالك الشيء ، مادام ملتزما بحدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أي تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع مالحق الملكية من وظيفة اجتماعية » . وبقي النص محفظا بمعنى الوظيفة

« حذف اللجنة عبارة وعلى أن يكون ذلك متفقا مع مالحق الملكية من وظيفة اجتماعية ، لأنها أشكل بالإيضاحات الفنية ، وإن في التطبيقات التي أوردها المشروع ما يفي غيا » . وأصبحت المادة بذلك مطابقة لما استقرت عليه في التفتين المدني الجديد ، وعبارتها ٨٠٢ . ووافق عليها مجلس التفتين كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣ - ص ١٩) .

التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٦٦٨ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٨١١ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ١٠٤٨ : المالك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما

يملكه ، عينا ومنفعة واستقلال ، فينتفع بالعين المملوكة ويملكها ويأجرها وفتحها ويتصرف في عينا بجميع التصرفات الجائزة . (ويتفق هذا مع التفتين المصري) .

قانون الملكية العنبرية اللبناني م ١١ : الملكية العنبرية هي حق استعمال عقار والتمتع والتصرف به ، ضمن حدود التزامات والقرارات والأنظمة . وهذا الحق لا يجرى إلا على العقارات الملك . (وهذا يتفق مع التفتين المصري - وانظر في حق الملكية بوجه عام في القانون اللبناني : حسن كبر في الحقوق للعنبرية الأصلية في القانون المدني اللبناني الصادر سنة ١٩٦٥ مذكرات على الآلة الكاتبة ص ٧١ - ص ٨٩) .

الاجتماعية في المشروع النهائي وفي المشروع الذي أقره مجلس النواب ، حتى إذا قدم المشروع للجنة مجلس الشيوخ حذفت اللجنة عبارة « على أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية ، وإن في التطبيقات التي أوردتها المشروع ما يغني عنها . وقد قال ممثل الحكومة أمام لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد ما يأتي : « إن هذه الصفة (الصفة الاجتماعية لحق الملكية) هي المتغلبة في التقنيات الجديدة ، وهي التي تمثل التزعة الحديثة في تصور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقاً لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقاً لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان : (١) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هي التي تقدم . (٢) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة هي التي تقدم بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً » . ولم يكن اعتراض لجنة مجلس الشيوخ على العبارة وحذفها إياها على أساس أن اللجنة لا تشارك في الرأي انقائلي بأن لحق الملكية وظيفة اجتماعية ، بل لأن « في هذا التعبير تصويراً للمذهب فلسفي » كما قال رئيس اللجنة ، ولأن العبارة « أشكل بالإيضاحات الفقهية » ، وإن في التطبيقات التي أوردتها المشروع ما يغني عنها » كما قالت اللجنة ذاتها (١) . فيجب التسليم إذن بأن عبارة « بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » ، وإن حذفت في لفظها ، لا تزال باقية في معناها .

ومن ثم نتخلص من نص المادة ٨٠٢ ملحقاً مألوف الذكر أمرين : (١) أن لحق الملكية عناصر وخصائص أشار إلى أكثرها النص (٢) . وأن لحق

(١) انظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ١٣ وص ١٥ - ص ١٦ .

(٢) « لحق الملكية أوصاف (modalités) ، كاهو الأمر في الالتزام . وأهم أنواع الملكية الموصوفة :

(أ) الملكية غير الجائز التصرف فيها (propriété inaliénable) ، وهي الملكية المقررة بالشروط المانع من التصرف ، وسيأتي بحثها (انظر ما يلي فقرة ٣٠٧ - فقرة ٣٢٢) .

(ب) الملكية في الشيوع (propriété indivise) ، وسنفردها باباً مستقلاً لأهميتها (انظر الباب الثالث من هذا القسم) .

(ج) الملكية القابلة للفسخ (propriété résoluble) ، وأبرز صورها الملكية -

للملكية وظيفة اجتماعية^(١) . وتتناول بالبحث هذين الأمرين على التساقب .

= المعلقة على شرط فاسخ . وقد سبق بحث الشرط في الكلام في فظرية الالتزام بوجه هام، وبيننا هناك أن الشرط كما يلحق الالتزام يلحق الملكية والحقوق الميضية الأخرى، وفضلنا أحكام الشرط ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (الوسيط ٣ ققرة ٤ وما بعدها) .

(د) الملكية الظاهرة (*propriété apparente*) ، وهي ملكية قائمة على مجرد المظهر ، وقد سبق أن بحثنا تطبيقات مختلفة للحقوق التي يولدها المظهر . من ذلك الوكالة الظاهرة والاسم المستعار أو الميخير (انظر الجزء السابع من الوسيط) ، ومن ذلك الصورية (انظر الجزء الثاني من الوسيط) . ومن أهم هذه التطبيقات أيضاً المالك الظاهر (*propriétaire apparent*) ، ويشتمل غالباً في الوارث الظاهر (*héritier apparent*) وتقوم تصرفاته على المبدأ التضامني بأن الفلظ الشائع ينشئ الحق (*error communis facit ius*) . فحق شاع بين الناس أن شخصاً يملك الشيء ولم يكن هو المالك الحقيقي - كثير الوارث يضع يده على التركة باعتبار أنه هو الوارث ثم يظهر الوارث الحقيقي ، وكوصي له يستولى على الشيء الموصى به ثم يبين أن الوصية باطلة أو أن وصية لاحقة قد ألغيت - فإن من يتعامل معه بحسن نية باعتبار أنه هو المالك يحمي القانون . ويشترط أن يكون الفلظ عاماً شاملاً بين الناس (*erreur générale*) ، وأن يكون ما يمتنع كشفه ولو يفحص دقيق (*erreur invincible*) : انظر نفس فرنسي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٩٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ ١١ ٣١٢٥ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٦٠ Sem. ٦٥ - ٣ أبريل سنة ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٤ - ٣٠٦ - ولكن لا يشترط أن يكون المالك الظاهر نفسه حسن النية أي يعتقد أنه المالك ، وإن كان يشترط أن من يتعامل معه يكون حسن النية أي يعتقد أن المالك الظاهر هو المالك الحقيقي . وعند ذلك يعتبر تصرف المالك الظاهر الغير حسن النية تصرفاً صحيحاً نافذاً في حق المالك الحقيقي . أما في العلاقة فيما بين المالك الظاهر والمالك الحقيقي ، فإن المالك الحقيقي يرجع على المالك الظاهر بالشيء مينا أو يضمنه ، وإذا كاذب المالك الظاهر شيء النية فإن المالك الحقيقي يرجع عليه أيضاً بالتعويض . ويشتمل المالك الظاهر أئماً بالقبض إذا كان حسن النية ، وذلك طبقاً للقواعد العامة .

ونكتن ، في كل من الملكية القابلة للفسخ والملكية الظاهرة ، بالإحالة ! : پلانيول وديوير وبيكار ٢٣١ - ققرة ٢٤٨ - پلانيول وديوير وبيولانييه ١ ققرة ٢٧٢٨ - ققرة ٢٧٤١ - مازو ققرة ١٣٩٥ - ققرة ١٤٠٨ - ماري وريشو ققرة ٤٥ - ققرة ٤٦ - كاربونيه ص ٩٣ - ص ٩٥ - وانظر في أوصاف الحق الميضي شفيق شحاتة ققرة ١٣٢ (وهامش ص ١٥١ - ص ١٥٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مدد المادة ٨٠٢ من : « جميع هذا التصريف عناصر الملكية الثلاثة ، وهي حق الاستعمال . حق الاستغلال وحق التصرف ، وتوفى أن يصف الملكية بأنها حق مطلق كما قبل الترتين الحال (السابق) (١١ م ققرة أول / ٢٧) ، بل صرح بأن الملكية وظيفة اجتماعية ، كما فعل المشروع الإصطال . على أن الملكية إذا لم تكن حقاً مطلقاً فلأنها حق مقصور على المالك ، وهذا ما عبر عنه في التتم ينف بأن المالك يتضح بملكه دون أي تدخل من الغير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤) .

الفرع الأول

عناصر حق الملكية وخصائصه

المبحث الأول

عناصر حق الملكية

٢٩٨ - الاستعمال والاستغلال والتصرف : رأينا أن المادة ٨٠٢ ملقى تجعل عناصر حق الملكية ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف . وقد معنا (١) أن حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا ، فن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله (jus utendi) وحق استغلاله (jus fruendi) وحق التصرف فيه (jus abutendi) ، وبذلك يستجمع كل السطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء . فلا يكون الحق في الشيء حق ملكية إذا منع صاحبه الحق من استعمال هذا الشيء أو من استغلاله على نحو دائم ، كذلك لا يكون الحق حق ملكية إذا منع صاحبه من التصرف في الشيء منعا أبديا وإنما يجوز أن يمنع من التصرف فيه لمدة معينة وسيأتى تفصيل ذلك .

ولما كان الاستعمال والاستغلال يقربان أحدهما من الآخر ، فكلاهما استعمال للشيء ، فإذا استعمل المالك الشيء بشخصه سمي هذا استعمالا ، وإذا استعمله بواسطة غيره في مقابل أجر يتقاضاه من الغير سمي هذا استغلالا ، وقد يستغل المالك الشيء مباشرة بنفسه ، لذلك تجمع بين الاستعمال والاستغلال في مطلب واحد . وفي المطلب الثاني نتكلم في التصرف وهو من أهمميزات حق الملكية ، ونقرن به بحث الشروط الإرادية المانعة من التصرف .

المطلب الأول

الاستعمال والاستغلال

٢٩٩ - استعمال : ينحول حق الملكية صاحبه أن يستعمل الشيء

(١) انظر ألفا فقرة ٢٩١ .

في كل ما أهد له هذا الشيء ، وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه .

فيستطيع أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً . فإذا كان الشيء منزلاً كان له أن يسكنه ، أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يحملها . وقد يصل في الاستعمال إلى أبعد حد ، فيستهلك الشيء ، كما إذا كان طعاماً فأكله ، أو حديقة فأكمل ثمرها . واستهلاك الشيء على هذا النحو قد يوصف بأنه تصرف مادي فيه ، ويطلق اصطلاح (jus abutendi) عادة على كل من التصرف المادي والتصرف القانوني^(١) . ولكننا نفضل أن نقصر التصرف ، فيها سياقاً ، على التصرف القانوني الناقل للملكية أو للحقوق العينية . وقد لا يستعمل المالك الشيء بنفسه ، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعاً دون مقابل ، كما إذا دعا الغير للعبيد والقصص في أرضه ، أو استضاف الغير مدة من الزمن ، أو أنشأ ملجأً أو مصحة أو مستشفى على وجه التبرع دون أن يقصد استغلال شيء من ذلك .

ويعتبر من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في ملكه ، سيما إذا رمم منزله ، أو أعاد بناءه بعد أن كاد ينهدم ، أو سوى الأرض الزراعية لجعلها صالحة للزراعة ، أو حفر للترع والمصارف في الأرض الزراعية ، أو سور الأرض أو أقام حواجز على جوانبها أو حفر خنادق على حدودها ، أو أصلح السيارة أو قام بتزيينها أو تشجيرها .

ويتميز استعمال المالك من استعمال غير المالك كالمستضع والمستأجر والمزمن رهن حيازة ، في أن المالك قد يصل في استعمال الشيء إلى حد إنزاله إذا أراد ذلك . فله أن يقطع الأشجار ، ويهدم المباني ، ويتلف السيارة ، ولا حد لسلطته في ذلك إلا ما يفرضه القانون عليه من قيود وإلا أن يحجز عليه لفسه أو لمرض

(١) وعلى ذلك قاله القنابل للاستهلك - واستعماله يكون باستهلاكه - يخطط فيه الاصطلاح بالتصرف ويعتبران شيئاً واحداً (مارتى وريتو فقرة ٤٠ ص ٤٨) . وسواء جارينا هذا الرأي أو ميزنا بين التصرف المادي والتصرف القانوني ، فإن التفرد يخطط فيها دائماً الاستعمال بالتصرف ويصبحان شيئاً واحداً ، لأن التفرد إنما يكون استعمالها بصرفها أي بالتصرف فيها تصرفاً قانونياً .

حقلي . أما المنتفع والمستأجر والمرتهن حيابة فهو لاء لا يجوز لهم في استعمالهم
 شيء أن يتفوه ، بل يجب عليهم أن يحافظوا عليه حتى يردوه سليما للمالك .

٣٠٠ - **قيود الاستعمال** : ولكن المالك نفسه بتقييد مع ذلك ، في استعماله
 شيء ، بالقيود التي فرضها القانون كما سبق القول . مثل ذلك أنه لا يجوز
 للمالك أن يفتح مطلا على جاره إلا على مسافة معينة حددها القانون ، وليس
 له أن يقيم بناء خارجا عن خط التنظيم ، وليس له أن يستعمل ملكه استعمالا
 من شأنه أن يضر بالحار ضررا غير مألوف .

ولكن يبقى مع ذلك فرق بين المالك وغير المالك ، حتى في القيود التي
 يفرضها القانون . فالأصل في المالك أن كل استعمال ، أيا كان ، مباح له ،
 إلا استعمالا يجرمه القانون ، أي أن الأصل هو الإباحة والتحريم هو الاستثناء .
 أما غير المالك كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيابة ، فالأصل في هؤلاء
 أن كل استعمال محرم عليهم إلا ما أباحه القانون ، أي أن الأصل هو التحريم
 والإباحة هي الاستثناء .

٣٠١ - **حرم استعمال الاستعمال من المالك** : وكما أن المالك أن
 يستعمل ملكه كما يشاء ، كذلك له ألا يستعمله . فإذا كان له منزل فإن له
 ألا يسكنه ، وأن يتركه خاليا دون أن يؤجره ، إلا إذا تلخل القانون وفرض
 على الملاك إسكان منازلهم إذا لم يسكنوها بأنفسهم^(١) . وإذا كان للمالك سيارة
 فإن له ألا يركبها ، ولا يدع غيره يستعملها بأجر أو بغير أجر ، وإذا كان له
 أن يطف السيارة فلولي أن يتركها دون استعمال . وإذا كان له أرض زراعية
 فإن له ألا يزرعها ، وألا يسلمها لغيره لزراعتها بأجر أو بغير أجر ، إلا إذا
 فرض القانون عليه شيئا من ذلك^(٢) . ذلك أن في طبيعة الإنسان من حب

(١) وقد نصت المادة ١١ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ مل أنه
 « لا يجوز إبقاء المساكن المدة للاستغلال غاية مدة تزيد على ثلاثة أشهر إذا تقدم لاستئجارها
 مستأجر بالاجرة القانونية » .

(٢) وقد صدرت في فرنسا ، في خلال الحرب العالمية الثانية ، سلسلة من القوانين مجبر
 المالك على استغلال أرضه : قانون ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٠ - قانون ٢٧ أغسطس سنة ١٩٤٠ -
 قانون ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ - قانون ٢٧ مايو سنة ١٩٤١ - قانون ٩ مارس سنة ١٩٤١
 قانون ١٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ - قانون ١٩ فبراير سنة ١٩٤٢ - قانون ٢٣ مايو سنة ١٩٤٣ -
 قانون ٢٢ مايو سنة ١٩٤٤ - انظر پلانيول وديريو وبولانيه ١ بقرة ٢٧٠٩ وبقرة ٢٠٢١ .

الكسب ما يمكن لدفعه إلى استغلال ملكه أو استعماله ، دون حاجة في الكثرة الغالبة من الأحوال إلى تدخل المشرع .

ولمالك أن يترك ملكه ، وهذا ما يسمى بالترك (abandon) . فإذا كان الشيء منقولاً وتركه المالك ، فإنه يصبح مالا لا مالك له ، ويستطيع أى شخص أن يستولى عليه فيتملكه بالاستيلاء . وإذا كان الشيء عقاراً فإن للمالك أن يتركه ، وبخاصة إذا أراد التخلص بتركه من التزام عيني مفروض على العقار ، وذلك دون أن يفقد ملكيته إلى أن يتملكه شخص آخر . مثل ذلك أن يخلى الحائز للعقار المرهون حتى يتخلص من دعوى الرهن ، وهذه التخليّة (délaissement) تجعل لإجراءات نزع الملكية لا توجه إلى الحائز ، بل إلى حارس يمين لهذا الغرض .

٣٠٢ - ٢ . الاستغلال: ويحول حق الملكية صاحبه ، إلى جانب استعمال الشيء ، استغلاله .

والاستغلال قد يكون استغلالاً مباشراً . مثل ذلك أن يزرع الأرض مالكها ، ويبنى ثمارها . والصيد والقتص ، وقد اعتبرناهما استعمالاً للملك ، يمكن أيضاً اعتبارهما استغلالاً مباشراً . ومالك السيارة يستغل سيارته استغلالاً مباشراً ، إذا خصصها لركوب الجمهور واستعملها كتاكسي . وقد يستغل مالك الحجر محجره باستخراج الأحجار منه بنفسه ، فيكون استغلالاً مباشراً . وقد يكون الاستغلال استغلالاً غير مباشر . والاستغلال غير المباشر يكون عن طريق جعل الغير يبنى ثمار الشيء ويلبغ مقابل الثمار للمالك . والمالك يقوم ، في استغلاله للشيء استغلالاً غير مباشر ، بعمل قانوني من أعمال الإدارة . فمالك المنزل يؤجره للغير ، فيبنى ثماره المدنية في صورة الأجرة . ومالك الأرض الزراعية يؤجرها لمن يزرعها ، ويقبض الأجرة هو أيضاً وهذه هي غلة الأرض . وقد يؤجر المالك الأرض الزراعية مزراعة ، فيحصل على جزء من المحصول هو غلة الأرض بالنسبة إليه ، دون أن يقوم نفسه بالزراعة . وقد يستغل المالك المياه المعدنية الموجودة في أرضه ، بأن يبيعها للناس ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غلة ملكه . وقد يستغل صاحب السيارة سيارته بتأجيرها إلى سائق يستعملها لركوب الجمهور ، والمال الذي يقبضه من السائق هو غلة السيارة .

والاستغلال يمتد إلى جميع ما يمتد إليه نطاق حق الملكية . وسنرى أن هذا للنطاق يشمل الثمار والمنتجات ، كما يشمل العلو والعمق . فالمالك له ثمار الأرض سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية ، وثمار المدينة هي التي يتمثل فيها الاستغلال . ولذلك أن يستغل العلو ، فيؤجره مثلا لمن يبني فيه ويتقاضى أجره من مالك هذا البناء . كما له أن يستغل العمق ، كما في حالة المناجم والمحاجر مع مراعاة التشريعات التي صدرت في هذا الشأن .

٣٠٣ - قيود الاستغلال : ويرد على الاستغلال ، كما يرد على الاستعمال ، قيود يفرضها القانون . من ذلك ما يفرضه قانون إيجار الأماكن من تعيين حد أقصى للأجرة التي يتقاضاها المالك من المستأجر ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر في العين حتى بعد انتهاء الإيجار ، فلا يستطيع طلب إخلاء العين إلا لأسباب معينة حددها القانون . ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح الزراعي من تحديد أجره الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر للأرض في جزء منها . وفي المزارعة لا يجوز للمالك أن يأخذ أكثر من نصف المحصول ، ويجب أن يبقى للمزارع نصف المحصول على الأقل . وقد يضع القانون قيودا على زراعة الأرض ، فيحدد مثلا المساحة التي يجب أن تزرع قطنًا ، ويحظر زراعة الأرز إلا في مناطق معينة . وإذا أراد المالك استغلال محل معلق للراحة أو ضار بالصحة ، وجب عليه استيفاء شروط معينة والحصول على ترخيص إداري . كذلك إذا أراد المالك استغلال صيدلية ، وجب عليه أن يقيم فيها صيدليا مؤهلا ، إلى غير ذلك من قيود متنوعة ترد على الاستغلال .

٣٠٤ - حرمة الاستغلال والاستعمال من المالك - إهماله : وقد قدمنا في الاستعمال أن عدم الاستعمال يعدل الاستعمال ، كلاهما حق للمالك . كذلك عدم الاستغلال يعدل الاستغلال ، كلاهما حق للمالك . فيجوز للمالك أن يدع أرضه بورا لا يزرعها ولا يؤجرها للغير ، كما يجوز له أن يبقى منزله خاليا لا يسكنه ولا يؤجره للغير ليسكنه ، وذلك كله ما لم يفرض عليه القانون أن يقوم باستغلال ملكه ، كأن يجبره على إيجار منزله الخالي ، أو يفرض عليه زراعة أرضه حتى يساهم في تدبير الأقوات في أثناء الحروب أو في الأزمات

التوفيقية . وقد سبق أن بينا ذلك فيما يتعلق بالاستعمال ، فنحول هنا إلى ما قلناه هناك^(١) .

المطلب الثاني

التصرف

والشروط الإرادية المانعة من التصرف

٣٠٥ — المقصود بالتصرف معناه^(٢) محسوس : قدمننا^(٣) أن الرأي السائد هو استعمال تعبير « التصرف » بمعنى واسع ، فيشمل التصرف القانوني والتصرف المادى ، ويدخل فى التصرف المادى استهلاك الشيء وإتلافه . ولكننا أدخلنا التصرف المادى فى نطاق استعمال الشيء ، واستبقينا للتصرف معناه المألوف ، وهو التصرف القانونى الذى ينقل الملكية أو حقا عينيا آخر . فأعمال التصرف هنا تقابل أعمال الإدارة فيما يتعلق بالاستغلال . ومن ثم يكون العنصر الثالث لحق الملكية هو التصرف ، فيجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه بجميع أنواع التصرفات .

يجوز له أن ينقل ملكية الشيء الذى يملكه إلى غيره ، بالبيع أو الهبة أو الشركة أو القرض أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية . ونقل الملكية على هذا الوجه هو أوسع ضروب التصرف الذى يستطيع المالك أن يقوم بها ، فإنه إذا نقل الملكية لا يستبقى من ملكه شيئا ، ويصبح غيره هو المالك ، وقد لا يتقاضى مقابلا ، كما فى الهبة ، ويصبح أن ينقل جزءا من ملكية الشيء ، كأن يبيع نصف المنزل أو نصف الأرض ، فيصبح غير مالك للجزء الذى نقل ملكيته للغير .

كذلك يجوز للمالك ، دون أن ينقل الملكية كلها أو بعضها ، أن ينقل عنصرا أو أكثر من عناصر الملكية مع استبقاء الملكية بعد استبعاد هذا العنصر . فله مثلا أن يرتب على المنزل المملوك له حق انتفاع (usufruit) ، فينتقل بذلك إلى المنتفع عنصرى الاستعمال والاستغلال ، ويستبقى الرقبة وحق

(١) انظر آتفا فقرة ٢٠١ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٢٩٩ .

التصرف فيها . وله أن ينقل حق الاستعمال وحده ، فلا يجوز لصاحب هذا الحق إلا استعمال الشيء بنفسه . وله أن يخصص الاستعمال بالسكنى فينقل إلى الغير حق السكنى ، فلا يجوز لصاحب هذا الحق أن يستعمل المنزل إلا لسكانه هو وأسرته . وله أن يرتب على العقار المملوك له حق الارتفاق ، ويستبقى ملكية العين خالصة له ولكنها مقيدة بحق الارتفاق هذا . ويجوز للمالك كذلك أن يرتب على العقار المملوك له حق رهن رسمي ، فيستبقى ملكية العقار خالصة له ولكنها مقيدة بحق الرهن ، وهذا الحق ينحول للدائن المرتهن عند حلول الدين أن يبيع للمقار على مالكة جبراً ويستوفى حقه من الثمن الذى رسا به المزداد مقدماً فى ذلك على سائر الدائنين الذين هم دونه فى المرتبة . ويجوز للمالك أيضاً أن يرتب على العين المملوكة حق رهن حيازة ، فيستبقى ملكية العين ولكنه ينقل حيازتها إلى الدائن المرتهن الذى ينوب عنه فى الاستعمال والاستغلال . ويكون للدائن المرتهن رهن حيازة ، كما للدائن المرتهن رهناً رهيمياً ، أن يبيع العين جبراً على مالكتها عند حلول الدين ، وأن يستوفى حقه من الثمن الذى رسا به المزداد فى الترتيب الذى ينحوله إياه القانون .

ويختلف التصرف فى الملكية نفسها عن التصرف فى عنصر من عناصرها فى أن التصرف فى الملكية ينقلها من المالك إلى غيره ، فلا تعود له إلا بسبب جديد من أسباب كسب الملكية . أما التصرف فى عنصر من عناصر الملكية ، فإنه لا ينقل الملكية من المالك إلى غيره ، بل يستبقى المالك ملكه ، وهو فى الكثرة الغالبة يسترد العنصر الذى تصرف فيه ، يلا سبب جديد ، بل بمجرد انقضاء حق الغير . فالمالك ، إذا رتب على العين المملوكة له حق انتفاع أوحق استعمال أو حق سكنى أو حق رهن ، يسترد العنصر الذى نقله إلى المستفع أو صاحب حق الاستعمال أو صاحب حق السكنى بموت هؤلاء أو بانقضاء أجل حقوقهم ، ويسترد العنصر الذى نقله إلى الدائن المرتهن بوفاء الدين . وهو فى غير حاجة لسبب جديد لاسترداد العنصر الذى نقله بالتصرف (١) . أما حق الارتفاق

(١) وهناك فرق بين تصرف المالك فى عنصر الانتفاع بترتب لغيره حق الانتفاع فى ملكه ، وبين تصرف المستفع فى حق انتفاعه بعد أن يترتب له هذا الحق . فالمالك يربص بالمستفع ، وهو حلقه الخاص ، حتى يموت أو حتى ينتهى حق انتفاعه ، فيعود للمالك حق الانتفاع من تلقاء نفسه =

تقد يكون دائماً دوام الملكية فلا يسرده المالك ، وقد يكون موقتا بأجل قبضول
بانتضاء الأجل وتعود للمالك ملكيته كاملة .

ويلاحظ أن غير المالك من أصحاب الحقوق يستطيع هو أيضاً أن يتصرف
في حقه ، فيستطيع المنتفع أن يتصرف في حق الانتفاع (دون صاحب
حق الاستعمال وصاحب حق السكنى فهذان لا يستطيعان التصرف في حقهما) ،
ويستطيع الدائن المرتهن أن يحول حقه المضمون بالرهن فيفضل الرهن بالحوالة
إلى الدائن الجديد . ولكن تصرف المالك يختلف عن تصرف غيره من أصحاب
الحقوق الأخرى في أن المالك يستطيع أن يتصرف في ربة الشيء ذاتها (١) ،
أما صاحب حق الانتفاع مثلا فلا يستطيع أن يتصرف إلا في حق انتفاعه
ولا يستطيع أن يتصرف في الرقة .

وكما أن المالك يستطيع أن يتصرف في الشيء على النحو الذى بسلطانه فيها
تقدم ، كذلك يستطيع ألا يتصرف . ولكن القانون قد يفرض قيودا على
التصرف كما سنرى ، وقد يفرض قيودا على عدم التصرف كما في نزع الملكية
جبراً على صاحبها وفي التأمين .

٣٠٦ - قيود يفرضها القانون على التصرف : قد يفرض القانون
قيودا موقته على حق المالك في التصرف في ملكيته ، ومادام القيد موقتا فهو
لا ينزع نهائيا حقه في التصرف ، ويبقى مالكا . مثل ذلك ملكية الأسرة ،
وتقضى المادة ٨٥٣ مدنى بأنه لا يجوز لأى شريك في ملكية الأسرة أن يتصرف
في نصيبه لأجنبى من الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا . وهذا القيد موقت
من حلة وجوه . فهو أولا مقيد بالأجل الذى يتفق عليه لبقاء ملكية
الأسرة ، ولا يجوز أن يزيد على خمس عشرة سنة (م ١/٨٥٢ مدنى) . وهو
ثانيا مقيد بمدة ستة أشهر فقط إذا لم يكن هناك اتفاق على أجل معين ، إذ
يستطيع الشريك بعد انقضاء هذه المدة لإخراج نصيبه من ملكية الأسرة ،

= لا بسبب جديد كما قلنا . أما المنتفع فإذا تصرف في حق انتفاعه بالبيع مثلا ، فإن المشتري لحق
الانتفاع يكون خلفا خاصا للمنتفع لا للمالك ، ولا ينتهى حق الانتفاع بموت المشتري ولكنه
ينتهى بموت المنتفع (حسن كيرة ققرة ٥٨ ص ١٨٢ عاشر ٢) .

(١) حسن كيرة ققرة ٥٨ ص ١٨١ - ص ١٨٢ - إسماعيل غانم ققرة ٣٦ .

والتصرف فيه بعد ذلك (م ٢/٨٥٢ مدني). وهو أخيراً مقيد بمرآز أن يصرف الشريك في نصيبه لأجنبي بغير موافقة الشركاء ، على ألا يني هذا التصيب مندجاً في ملكية الأسرة (م ٢/٨٥٣ مدني). ومثل ذلك أيضاً قانون الإصلاح الزراعي ، فهو يقل يد الفلاح عن التصرف في الأرض التي وزعت عليه قبل أن يوفى جميع أقساط ثمنها (م ١٦ من قانون الإصلاح الزراعي) ، والتقييد كما نرى قيد مؤقت . وفي الشفعة فرض القانون ضرباً من ضروب عدم التصرف إلا لشخص معين هو الشفيع ، إذا طلب الشفعة واستوفى شرائطها . وفي قانون حصة الأقدنة لم يمنع القانون المالك من التصرف في ملكه ، وإنما منع الدائنين من الحجز على هذا الملك ، فتمهم بذلك من نزع الملكية جبراً على صاحبها^(١).

أما إذا كان المنع من التصرف الذي فرضه القانون متعاً دائماً غير مؤقت ، كما في الأموال الموقوفة ، فإن حق الملكية يفقد عنصراً أساسياً من عناصره ، ومن ثم لا يمكن وصفه بأنه حق ملكية . فحق المستحق في الوقف ليس حق ملكية ، وإن كان حقاً عينياً ، وهذا غير حقه الشخصي في تقاضى استحقاقه من الناظر .

٣٠٧ - الشروط الإرادية المانعة من التصرف^(*) : وهناك شروط إرادية تمنع من التصرف (clauses d'inaliénabilité) . وهذه لا يفرضها القانون كما في الأمثلة السابقة ، بل يفرضها الاتفاق وهو عقد صادر من الجانبين ، أو تفرضها الوصية وهي إرادة منفردة صادرة من جانب واحد ، ومن ثم سمينا هذه الشروط بالشروط الإرادية المانعة من التصرف . وهي أيضاً تمنع من التصرف متعاً مؤقتاً ، فتصح لأنها لا تسلب حق الملكية.

(١) انظر كذلك في القانون الفرنسي المال الذي تقدمه الزوجة « دقة » ، فهذا المال لا يجوز التصرف فيه مادامت الزوجية قائمة . وكذلك حصة المال أو الوصية به لشخص حل أن يتقله هذا بعد موته لأولاده ، في نظام الاستبدال الوراثي الملب (substitutions permises) ، هو منع من التصرف في المال طول حياة المرحوب له أو الموصى له ، حتى ينقضي انتقال المال للأولاد .
* مراجع : Ber le في الشروط المستحيلة والشروط غير المشروعة سنة ١٨٨٥ - Saignat
في الشروط المانع من التصرف رسالة من بورجو سنة ١٨٩٦ - Bretonneau في الشروط المانعة من التصرف رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ - Achard رسالة من جنيف سنة ١٩١٠ - Le Roux رسالة من ورن سنة ١٩٣٠ .

عنصرًا أساسيًا من عناصره سلبًا دائمًا^(١) . متى استوفت شرائط صحتها ، فإنه يترتب على قيامها بمصلحة أن يكون كل تصرف يصدر من المالك ، مخالفًا للشرط المانع من التصرف في المدة التي يقوم فيها هذا الشرط ، تصرفًا باطلاً . فتتكلم في مسألتين : (١) متى يصبح الشرط المانع من التصرف . (٢) الجزاء الذي يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف .

١٥ - متى يصبح الشرط المانع من التصرف

٣٠٨ - نص قانوني : تنص المادة ٨٢٣ مدني على ما يأتي :

١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطًا يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصبح هذا الشرط مالم يكن مبنيًا على باعث مشروع ، ومقصودًا على مدة مقولة .

٢ - ويكون للباحث مشروعًا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، أو للمتصرف إليه ، أو الغير .

٣ - والمدة المقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه ، أو الغير^(٢) .

(١) ويلزم مع ذلك بعض الفقهاء في فرنسا إلى غلبة القضاء الفرعي في إباحة الشرط المانع من التصرف (لوران ٦ فقرة ١٠٣ و ١١٠ فقرة ٤٦٠ - هيك ٤ فقرة ٧٦ و ٩٠ فقرة ٦٣ ديفرجيه في تعليقه على تولى ٧ فقرة ٤٨٨ - بودي وشولر فقرة ٥٠٦) . أما في مصر فإن التشريع لا القضاء وحده ، قد تدخل وأباح الشرط المانع بشروط معينة ، فلم يعد هناك شك في صحة الشرط المانع .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩١ من المشروع النهائي على الوجه الآتي :

١٥ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطًا يقضي بمنع التصرف في مال أو بمنع الإيصاء به ، فلا يصبح هذا الشرط مالم يكن مبنيًا على باعث مشروع ، ومقصودًا على مدة مقولة . ٢ - ويكون للباحث مشروعًا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، أو للمتصرف إليه ، أو الغير . ٣ - وقد تكون المدة المقولة مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه ، أو الغير . وفي لجنة المراجعة عدل النص ، فأصبح مطابقًا لما استقر عليه في اللغتين اللغتين الجديد ، وصار رقمه ٨٩٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٣ (مجلة الأعمال المحضرة ٦ ص ٧٣ - ص ٧٥) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء في عهد هذا التقنين ، كان يجرى على أحكام النص^(١) .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٧٧٨ - التقنين المدني الليبي م ٨٣٢ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي ، ولا في قانون الملكية العقارية اللبناني^(٢) .

٣٠٩ - التصرفات التي تخضع للشرط المانع من التصرف : وبفهم من النص سالف الذكر أن الأصل هو تحريم الشرط المانع من التصرف ، لسببين أحدهما قانوني والاخر اقتصادي . أما السبب القانوني فلأن من أنقص عناصر الملكية هو أن يكون للمالك حق التصرف في ملكه ، فإذا منع من ذلك حرم من أنقص عناصر حقه ، فلا يكون حقه عند ذلك حق ملكية كما رأينا في حق المستحق في الوقف . أما السبب الاقتصادي فلأن تداول الأموال من

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي : « فرض المشروع شرط المانع من التصرف في نصين ... لا نظير لما في التقنين الحالي (السابق) . وقد قن المشروع أحكام القضاء المصري في هذا الموضوع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦) - انظر نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٨ مجموعة محر ٢ رقم ١٣٢ ص ٤٠١ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة محر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣ - محكمة الاستئناف ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٦٤ ص ٢١٠ - ٧ مايو سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٢٥ ص ٦٥ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩٩ ص ١٥٣ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٦٣ ص ٢٠٧ - ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ - ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٦ - استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٣ ص ٧١١ - ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشرط المانع ، حتى لو كان مسجلاً ، لا يبرق الدائن من أخذ حق اختصاص على العقار المنوع الصرف فيه ومن التنفيذ على هذا العقار (استئناف مخطط ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٣٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (ولكن أحكام النص تنفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن أحكام النص تنفق مع القواعد العامة - انظر في هذه المسألة في القانون اللبناني حسن كيرة في الحقوق القبية الأصلية في القانون المدني اللبناني للفلاول مذكرات حل الآلة الكتابية سنة ١٩٦٥ ص ١٣٩ - ص ١٥٦) .

الأمر الهامة التي تجب ملاحظتها ، ومنع المال من التداول بتحريم التصرف فيه أمر خطير من الناحية الاقتصادية ، فلا يجوز هذا المنع إلا لمسوغ قوى .
لذلك تعتبر القاعدة القاضية بيجواز التصرف في المال من النظام العام ، وكل شرط مخالفها يكون شرطا مخالفا للنظام العام . وقد سار القضاء الفرنسي قديما على هذا النحو ، فحرم كل شرط يمنع التصرف في المال^(١) . ولكنه منذ منتصف القرن التاسع عشر أخذ يميز بين شرط مانع من التصرف منأ أبديا وهذا أبقاه على حكم التحريم ، وشرط مانع من التصرف منأ مؤقتا لمسوغ مشروع وهذا حلله ، وتوالت أحكام القضاء الفرنسي في هذا المعنى حتى أصبحت قضاء مستقرا لا يزعزع^(٢) . وسار القضاء المصري في عهد التتبن المدني السابق على سنة القضاء الفرنسي حتى أصبحت القاعدة مستقرة هي أيضا في مصر ، ومن ثم فمنها التتبن المدني الجليدي نصوص تشريعية هي التي تتولى الآن شرحها .

ويلاحظ بادئ ذي بدء أن الشرط المانع من التصرف في المال يرد في تصرف قانوني ، وهذا التصرف القانوني يكون إما عقدا أو وصية ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٧٣ مدني سابقة الذكر : « إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال ... » . والوصية أمرها واضح ، فهي تصرف قانوني من جانب واحد على سبيل التبرع ، فيوصي الشخص بمال

(١) ليون ٧ أغسطس سنة ١٨٢٥ دالوز ٣٦-٢-٨٢-باريس ١١ مارس سنة ١٨٣٦

دالوز ٣٦-٢-٨٣ .

(٢) وكان أول حكم صدر في هذا المعنى في القضاء الفرنسي حكم محكمة أنجيه في ٢٩ يه نيه سنة ١٨٤٢ (سيرة ٤٢-٢-٤٠٠) . ثم أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ في ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٨ (دالوز ٥٨-١-١٥٤) . وأخذت أحكام محكمة النقض الفرنسية بهذا ذلك تتوالى في هذا المعنى : نقض فرنسي ١٩ مارس سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٩-١-٤٥٥-٢٠ مايو سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩-١-٤٣١-٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨-١-٤٨-٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠-١-٥٣٣-٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤١-٢٢-انظر بلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٣ . وصدر أخيرا في فرنسا قانون ٤ يناير سنة ١٩٥٥ عاما بالشهر السقاري يؤكد هذا المعنى ، إذ قضت المادة ٢٨ من هذا القانون بوجوب تسجيل التصرفات فيما بين الأحياء التي تتضمن شروطا مائة مؤقتة (انظر مادق وريينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ - كاربونيه ص ٩٦) .

للموصى له ويشترط عليه في الوصية ألا يتصرف في هذا المال لأحد ، لمصلحة مشروعة ولمدة موقتة كما سيأتي . وأما العقد فالغالب أن يكون من عقود التبرع ، هبة صريحة أو هبة مستترة في عقد بيع^(١) ، وقد يكون من عقود المعاوضة كأن يكون عقد بيع جدي . فيب الشخص أو يبيع مالا ، ويشترط على المتصرف له ألا يتصرف في هذا المال ، لمصلحة مشروعة ولمدة موقتة . والغالب أن يكون التصرف للمتضمن للشرط المانع تصرفا ينقل ملكية المال مع اشتراط عدم جواز التصرف فيه . ولكنه قد ينقل حق انتفاع لا حق ملكية ، مع اشتراط عدم جواز التصرف في حق الانتفاع هذا . وقد ينشئ مجرد التزام دون أن ينقل ملكية أو حق انتفاع ، والمثل البارز في هذا الصدد أن أن يتعهد شخص لآخر بترتيب إيراد له لدى حياته ، ويكون قد قصد بذلك أن يوفر له أسباب المعيشة طول حياته فيشترط في تعهده عدم جواز التصرف في هذا الإيراد^(٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع أنه يهدى في هذا الصدد : « فالشرط المانع قد يرد في وصية أو في عقد ، ويكون العقد في الغالب هبة أو هبة مستترة في بيع » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٧٦) .

(٢) أدبيري دود وبارتوان ١١ فقرة ٦٩٢ هامش ٣٦ ثالثا - پلانيول وديريه وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٣٣ .

وقد يأخذ الشرط المانع الصورة الآتية : يتبرع المتصرف بمبلغ من المال للمتصرف له ، ويشترط عليه أن يشتري بهذا المبلغ عقارا (remploi) لا يجوز له التصرف فيه . وقد يتبرع المتصرف بعقار ، ويقتصر الشرط المانع على أن المتصرف له إذا باع العقار فعليه أن يشتري بالثمن عقارا آخر ، يكون هو أيضا غير جائز التصرف فيه إلا بشرط الاستبدال هذا .

وقد يرد الشرط المانع في الوعد بالبيع ، فيشترط المله عود له بالبيع على الواعد ألا يتصرف في العين الموعود ببيعها طول مدة الوعد . فهذا شرط مانع صحيح ، إذ جمع بين التوقيت وبين قيام مصلحة مشروعة للموعود له لأن هذا الأخير يطمئن ، بفضل هذا الشرط ، إلى بقاء العين في ملك الواعد إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء (إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٧ ص ١٦٦ - حسن كيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ - عكس ذلك منصور منصور فقرة ٤٤ ص ١٠٤) . ويلاحظ أنه يجوز لدائن المله ، في هذا الفرع ، البطلان في الشرط المانع بالدمو البوليسية إذا توافقت شروطها .

أما اشتراط الدائن المرتهن على المله أن لا يتصرف في العين المرهونة مادام الرهن قائما ، وجد خلاف في صحة . انظر في معنى عدم صحة الشرط المانع في هذا الفرع : المذكرة الإيضاحية « مشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٧ ص ٣٩ - إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٩ - »

فالشرط المانع من التصرف الذى تتضمنه أمثال هذه التصرفات لا يصح ، طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ مدنى سائلة للذكر ، إلا إذا كان « مبنياً على باعث مشروع ، ومقصوداً على مدة معقولة » . فهناك إذن أمران لابد من اجتماعهما حتى يصبح الشرط المانع من التصرف : الباعث المشروع والمدة المعقولة . وكل منهما معيار مرن يساير للملازمات الخاصة بكل قضية من الأفضية التى تعرض على المحاكم ، فيكون القاضي أوسع حرية في التقدير ، ويتسنى له أن يعطى لكل حالة حكمها المناسب .

(١) الباعث المشروع

٣١٠ - متى يكون الباعث مشروعاً : تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٢٣ مدنى سائلة الذكر : « ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو لغيره » . فالمفروض إذن ، حتى يكون الباعث مشروعاً ، والشرط مانعاً صحيحاً ، أن يكون المتصرف قد قصد بالشرط المانع الذى ضمنه العقد أو الوصية حماية

ص ٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة ق ١٠٧ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ - منصور، مصطفى منصور
 فقرة ٤٤ ص ١٠٢ - ص ١٠٣ وفى التأيينات للمينة ص ٧٥ . وانظر فى معنى صحة الشرط : محمد
 على صفة فقرة ٢٧٨ - حد على إمام فى التأيينات فقرة ٢١٤ ص ٣١٨ - شمس الدين الوكيل فى
 التأيينات ص ٢٤٩ هامش ٢ - حسن كيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ - وفى أن مصلحة الراهن فى
 استيفاء حريته فى التصرف فى المقار المرهون بالرغم من رده - وهذا أساس من الأساس الذى يقوم
 عليها الرهن - ترجيح مصلحة الدائن المرتهن فى أن يتجنب إجراءات التخلية . ومن ثم يكون
 الشرط المانع فى هذا القرض غير صحيح ، إذ لا تقوم به مصلحة مشروعة واجبة .

ولا خلاف فى أنه لا يجوز للمالك بإرادته المنفردة أن يمنع نفسه من التصرف فى ملكه ، لأن
 الشرط المانع يجب أن يتضمن عقد أو وصية ، ولأن الإرادة المنفردة لا يكون لها أثر إلا بموجب
 نص تشريعى ، ولأنه لو صح الشرط المانع فى هذا القرض لاستلزم أن يكون المال غير قابل للحجز
 عليه فيتمتع المالك عن هذا الطريق فى الانتفاع من حق الضمان العام للدائنين (شفيق شحاتة فقرة
 ١٠٠ ص ١٢٤ - عبد المنعم البدارى فقرة ٦٨ - إسماعيل، غانم فقرة ٣٨ ص ٧٨ - حسن كيرة
 فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٤ ص ١٠١ - محمد كامل
 حرسى ١ فقرة ٤٠٢ ص ٥١٦) .

مصلحة مشروعة له هو ، أو مصلحة مشروعة لمن تصرف له ، أو مصلحة مشروعة لأجنبي أى للغير^(١) .

٣٩١ — **مصلحة مشروعة للمتصرف** : قد تكون هناك مصلحة مشروعة للمتصرف يريد حمايتها عن طريق الشرط المانع . مثل ذلك أن يكون المتصرف قد وهب منزلاً لأحد من ذويه ، واشترط لنفسه حق الانتفاع أو حق السكنى طول حياته ، ولا يريد أن تكون له علاقة في شأن حقه هذا إلا مع من تصرف له . فيعتمد إلى تضمين هبة شرطاً مانعاً من التصرف في المنزل ، حتى يطمئن إلى أنه في استعمال حق انتفاعه بالمنزل أو حقه في سكناه لن تكون له علاقة إلا بالموهوب له ، إذ يصبح غير جائز لهذا أن يتصرف في المنزل طول حياة الواهب . ومثل ذلك أيضاً أن يهب شخص لآخر عقاراً ويشترط على الموهوب له أن يرتب له إيراداً مدى الحياة ، ولما كان ينبغي أن يتصرف الموهوب له في العقار فيفقد المصدر الأصلي الذي يوفى منه الإيراد المرتب ، فإنه يعتمد إلى تضمين الهبة شرطاً يمنع الموهوب له من التصرف في العقار . ويصبح أيضاً أن يبيع شخص لآخر عقاراً بشمن هو إيراد مرتب مدى الحياة ، ويشترط على المشتري عدم التصرف في العقار مدى حياة البائع ، أو يبيع العقار بشمن مقسط لمدة خمس سنوات مثلاً ويشترط على المشتري ألا يتصرف في العقار حتى يوفى بجميع أقساط الشمن . وقد يبيع شخص جزءاً مفزلاً من عقاره لآخر ، ويشترط على المشتري عدم جواز التصرف حتى يقتصر الجوار على المشتري دون شخص أجنبي آخر^(٢) . كذلك قد يهب شخص عقاراً لآخر ويرتبه رهناً رسمياً في الوقت ذاته لحق له في ذمة الموهوب له ، فيشترط على الموهوب له ألا يتصرف في العقار المرهون حتى لا يتعرض الدائن المرتهن لخطر التطهير فيما إذا تصرف الموهوب له في العقار لشخص آخر ، وهذا في رأى من يقول بمصلحة الشرط المانع في هذا الفرض^(٣) .

(١) وكما تكون المصلحة المشروعة المقصود حمايتها مصلحة مادية ، كذلك يجوز أن تكون مصلحة أدبية ، كما إذا قصد المتصرف بالشرط المانع ألا يقتحم أجنبي نفاق أملاك أسرته (نقض) فرنسي ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ بالقول ١٩٢٨ - ١ - ١٧٦ - ماري وريغو فقرة ٥٦ - ٦٩ .

(٢) أنسيكليبي دي مالويز ٢ لفظ *inaliénabilité* فقرة ٣٣ .

(٣) انظر آفا فقرة ٣٠٩ ص ٥٠٨ هامش ٢ .

هذه وأمثالها^(١) مصالح مشروعة للمتصرف ، يصبح له أن يحجبها بأن يضمن تصرفه شرطا مانعا من التصرف على النحو الذي يبتناه^(٢) .

٣١٢ — **مصلحة مشروعة للمتصرف له** : وكثيراً ما تتحقق هذه المصلحة للمتصرف له فيما إذا وهب شخص أو أوصى لآخر بعقار ، ولما كان يعرف أن المتبرع له سيئ التدبير ويخشى عليه أن يضيع سقها العقار المتبرع له به ، فيعتمد إلى تضمنين تبرعه شرطا بعدم جواز التصرف في هذا العقار^(٣) . وقد يهب المتصرف العقار لشخص صغير في السن تنقصه الخبرة والتجارب ، فيشترط عليه عدم جواز التصرف في العقار حتى يصل إلى سن معينة يكون عند بلوغها قد أنضجته التجارب وحصل على الخبرة اللازمة . وقد يهب المتصرف للعقار لقاصر له ولي يخشى من إسرافه ، فيشترط عدم جواز التصرف في العقار حتى يبلغ القاصر سن الرشد فيتسلم العقار ، ويعهد في الوقت ذاته إلى أمين يتولى إدارة العقار وصرف ريعه على تعلم القاصر حتى يبلغ سن الرشد^(٤) . وقد لا يمنع المتصرف للتصرف له من التصرف ، ولكن يشترط عليه

(١) انظر نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ١ - ١٥٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٨ - ١ - ١٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٧٦ .

(٢) انظر في أن البيع المقترن بشرط عدم جواز التصرف يعتبر بيما جديدا لا وصية ، وأن للكشف من نية المتصدقين في هذا الشأن مسألة موضوعية : نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفني في خصة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني في خصة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ - ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني في خصة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني في خصة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ .

والنظر في أن شرط عدم التصرف إذا تقسسته الهبة ووقت بحياة الواهب لمصلحة مشروعة لما يكون شرطا صحيحا : نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني في خصة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١١٩١ ، وأن البيع بشرط عدم التصرف يبيع صحيح : استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ٣٣٣ ص ٧١١ .

(٣) نقض فرنسي ١١ يولييه سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ٦٢ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤١ - ٢٢ - ٤ مايو سنة ١٩٤٣ جازيت دي باليه ١٩٤٣ - ٢ - ٣٢ - أوبري ورو وبارتان ١١ ققرة ١٩٢ ص ١٩٤ - ص ١٩٥ .

(٤) نقض فرنسي ٣٠ مايو سنة ١٨٨١ سيرييه ٨٢ - ١ - ١٤٩ - أوليان ١٢ يولييه سنة ١٨٩٥ سيرييه ٩٥ - ٢ - ٢٤٤ - أوبري ورو وبارتان ١١ ققرة ١٩٢ ص ١٩٩ .

الاستبدال (remplacé). فإذا باع المتصرف له العقار الموهوب وجب عليه أن يشتري بثمنه عقاراً آخر ، ويبقى هذا العقار الآخر على هذا الشرط إذا باعه الموهوب له اشتري بثمنه عقاراً آخر ، وهكذا . والاشتراط على هذا النحو يسمح إلى مزينة النظر لمصلحة الموهوب له حتى لا يضيق العين الموهوبة حزية إطلاق يده في التصرف ، فقد يرى عقاراً أفضل فيبيع العقار للموهوب ليشتريه .

٣١٣ — مصلحة مشروعة للغير : وقد تكون المصلحة المشروعة خاصة بأجنبي ، فبب شخص عقاراً لآخر ويشترط عليه أن يرتب إيراد الأجنبي حلول حياته ، ويشترط في الوقت ذاته ألا يتصرف في العقار الموهوب مادام صاحب الإيراد حياً حتى يكفل له ضماناً لإيراده^(١) . كذلك قد يكون للأجنبي حق انتفاع أو حق سكنى في العقار الموهوب ، فيشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في العقار . وقد لا يشترط الواهب عدم التصرف ، ويقتصر على أن يشترط على الموهوب له ، إذا أراد هذا بيع العقار ، أن يعرضه أولاً بالأفضلية على شخص معين ، فإن قيل هذا الأخير شراره تعين على الموهوب له أن يبيعه إياه . فهذا شرط ليس مانعاً من التصرف ، ولكنه على كل حال حفيد الحرية المتصرف له في التصرف لمن يريد^(٢) .

٣١٤ — حكم التصرف الذي يتضمن شرطاً مانعاً ليس له باعث

مشروع : فإذا كان للشرط المانع ليس له باعث مشروع ، ولم تكن هناك مصلحة مشروعة تراد حمايتها به لا للمتصرف ولا للمتصرف له ولا للغير ، كان الشرط المانع باطلاً . فإذا وهب شخص عقاراً لآخر واشترط عليه عدم التصرف فيه ، يمتنعه بذلك من القيام بمشروع علمي أو بعمل من أعمال الخير يعلم الواهب أن الموهوب له يحرص على تحقيقه وقد يبيع العقار الموهوب في سبيل ذلك ، كان للباعث هنا غير مشروع . فهو لا يحقق مصلحة مشروعة

(١) نقض فرنسي ١٢ يولييه سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٤٧٥ - ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٢٦ .

(٢) أدري ودوبارتمان ١١ قرة ٦٩٢ ص ١٩٩ وحاشي ٤١ غاسنا .

لا الواهب ولا للموهوب له ولا للغير ، ومن ثم يكون الشرط باطلا .
والمقروض أن للشرط المانع باعثا مشروعاً ، إلى أن يثبت المتصرف له أن
الباعث غير مشروع .

ثم ينظر بعد ذلك في مصير التبرع نفسه ، فإن كان هذا الشرط المانع هو
الدافع إلى التبرع ، كان التبرع باطلاً هو أيضاً بطلان الشرط المانع . أما إذا
لم يكن الشرط المانع هو الدافع إلى التبرع ، فإن التبرع يبقى قائماً مع بطلان
الشرط المانع ، ومن ثم يجوز للموهوب له مخالفة الشرط المانع والتصرف في
المعقار الموهوب . وليس في هذه الأحكام إلا تطبيق للقواعد العامة . وتقول
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويكون التصرف
الذى اشتمل على هذا الشرط (الباطل) باطلاً أيضاً إذا كان الشرط المانع هو
الدافع إلى هذا التصرف . أما إذا كان التصرف تبرعاً ، ولم يكن الشرط المانع
هو الدافع ، صحح التبرع ولغا الشرط^(١) » .

(ب) المدة المعقولة

٣١٥ - المنع الدائم والمنع المؤقت : يجب التمييز كما قلنا بين المنع الدائم
(interdiction perpétuelle) والمنع المؤقت (interdiction temporaire) .
فلكى يكون الشرط المانع صحيحاً . يجب ألا يكون مانعاً عن التصرف
منعاً دائماً . إذ تخرج العين بهذا المنع من دائرة التعامل بتاتا ، وهذا أمر
مخالف للنظام العام . ولا يجوز إلا بنص في القانون كما هي الحال في الوقف .

(١) حوزة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ - وانظر شفيق شحاتة فقرة ٩٩ - إسماعيل
غانم فقرة ٣٨ - ٨١ - عبد المنعم فرج السدة فقرة ١١٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ -
عبد المنعم البردوى فقرة ٧١ .

ومن الفقهاء من يذهب إلى بطلان التصرف المتضمن لشرط المانع غير المشروع في جميع الأحوال
(معه على معرفة فقرة ٢٧٧) ، مستنداً في ذلك إلى أن الشرط المانع غير مشروع وقد علق عليه
المتصرف (م ٢٦٦ من) . وواضح أن لشرط المانع فيما نحن بصدده ليس شرطاً (condition) ،
ولأنها هي تكليف (charge) يدخل في بنية التصرف ذاته ، فلفظ وحده إذا لم يكن هو الدافع
إلى التبرع (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ حاشي ١) .

ومن ثم يكون الشرط المانع متعا دائما شرطا باطلا^(١)، يلغو ويقتصر التصرف الذي تفهم للشرط ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التصرف فيبطل كل من الشرط والتصرف .

ويشترط إذن لصحة الشرط المانع أن يكون المنع موقتا ، ولمدة معقولة . فإذا طال مدة المنع ، وأصبحت بالنسبة إلى ظروف القضية وملاساتها مدة غير معقولة ، فإن المنع الموقت يكون في هذه الحالة في حكم المنع الدائم^(٢)، ومن ثم يكون الشرط المانع باطلا بالرغم من توقيته . ومعركة ما إذا كانت مدة المنع المحددة طويلة إلى حد أن تكون مدة غير معقولة فيبطل الشرط من مسائل الواقع ، يبت فيها قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض^(٣). وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٨٥٣ مدني سائلة الذكر على ما يأتي : « وللمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه ، أو الغير » .

٣١٦ - الشرط المانع مدى حياة المتصرف : في أكثر الأمثلة التي قلنا أنها لتحقق مصلحة مشروعة للمتصرف تبرر الشرط المانع^(٤) ، نرى أن الشرط المانع يجب أن يحدد له مدة تستغرق حياة المتصرف وتكون مع ذلك مدة معقولة . فإذا كان المتصرف قد اشترط لنفسه إيرادا مدى الحياة ، أو حق انتفاع أو حق سكنى مدى الحياة ، أو الامتياز من أن يقتصر الجوار على

(١) نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٨-١-٣٠٩-١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧-١-٥١-٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨-١-٤٧-١٦ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥-١-١٢٦-٥ يناير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٣-٥-٥٣-٢٩ يوليو سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣-٤٧٧-٤ مايو سنة ١٩٤٣ جازيت دي باليه ١٩٤٣-٢-٣٢-١٦ فبراير سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣-٢٨٢ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون في هذا الصدد : « ولكن لا يصح تأييد الشرط ، ولا جملة لمدة طويلة تتجاوز الحاجة التي دعت إليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦) .

(٣) بلاتول وديير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٢٢ .

(٤) انظر ألفا فقرة ٣١١ .

شخص المتصرف له ، فن الطبيعي في هذه الفروض أن يجعل الشرط المانع قائما لمدة تستغرق حياته ، وتكون المدة في هذه الحالة مدة معقولة ، ومن ثم يكون الشرط صحيحا . لكن هناك فروض أخرى — بيع عقار بضمن مقسط أو بيع عقار يرهته البائع — لا يكون فيها مبرر لأن تستغرق مدة المنع حياة المتصرف ، ويكتفى في حالة بيع عقار بضمن مقسط أن تكون مدة المنع هي المدة التي يوفى فيها المشتري بالإقساط جميعها ، وفي حالة بيع عقار يرهته البائع أن تكون مدة المنع هي المدة التي يوفى فيها المشتري بالدين المكفول بالرهن حتى يأمن البائع شر التطهير فيها إذا باع المشتري العقار قبل وفاء الدين . وإذا حددت للشرط المانع مدة تستغرق حياة المتصرف أو مدة أخرى معقولة ، ومات المتصرف له قبل انقضاء هذه المدة ، فإن العين تنقل إلى ورثته مثقلة بالشرط المانع ، فلا يجوز طولاء أن يتصرفوا فيها حتى تنقضي المدة المحددة .

٣١٧ — الشرط المانع مدى حياة المتصرف إليه : وقد يقتضى الأمر أن يحدد للشرط المانع مدة تستغرق حياة المتصرف له كما إذا كان هذا معروفا بسوء التدبير فيحرم عليه المتصرف أن يتصرف في العين المرهوبة طول مدة حياته ، حتى إذا مات انتقلت العين إلى ورثته غير مثقلة بالشرط المانع ، ويجوز للورثة عندئذ التصرف في العين . وتكون المدة في هذه الحالة ، بالرغم من استغراقها لحياة المتصرف له ، مدة معقولة ، ومن ثم يكون الشرط المانع صحيحا (١) .

(١) هذا في مصر بنص صريح ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٨٢٣ متى ما رأينا : «والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق حياة ... المتصرف إليه ...» أما في فرنسا ، حيث أحكام الشرط المانع هي من عمل القضاء دون أن ترد فيها نصيص تشريعية ، فقد استقرت أحكام القضاء الفرنسي على أنه لا يجوز أن تستغرق المدة في الشرط المانع حياة المتصرف إليه (نفس فرنس ١٩ مارس سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٩ - ١ - ٤٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ ميريه ١٩٠٠ - ١ - ٤٩٩ - ٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٥٣٣ - ١٦ مارس سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٢٦ - وانظر بلافينول وروبيير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٣٢) .

ويذهب بعض الفقهاء في مصر إلى اختيار الشرط المانع مدى حياة المتصرف له بالخطأ ، ولكن يجوز تحديد مدة معقولة وإن ظهر فيما بعد أن هذه المدة قد استغرقت بالفعل حياة المتصرف إليه (جده المقيم الجبرايلى فقرة ٧٠ ص ٩١) . ويظهر أن هذا الرأي لا سنة له أمام صراحة النص ،

فإذا لم يكن هناك مقتضى لأن تستغرق المدة حياة المتصرف له ، لم يجوز الوصول بالمدة إلى هذا الحد . مثل ذلك أن يكون المتصرف له قليل الخبرة والتجربة نظراً لصغر سنه أو يكون قاصراً . فيكنى في هذه الحالة تحديد مدة معقولة يستوفى في أثنائها الخبرة اللازمة : أو تحديد مدة يبلغ سن الرشد عند انقضاءها . فإذا طالت المدة عن هذا الحد . كان الشرط باطلاً ، لأن المدة إذ ذاك تصبح مدة غير معقولة .

وإذا حدد للشرط المانع مدة معقولة على النحو الذى أسلفناه . ومات المتصرف قبل انقضاء هذه المدة . فإن الشرط المانع يبقى مع ذلك قائماً إلى أن تنتضى المدة . ويحل وريثة المتصرف محله بعد موته في طلب بطلان التصرف المخالف للشرط المانع فيما إذا اقتضى الأمر ذلك .

٣١٨ - الشرط المانع مرى حياة الغير : وإذا كان الشرط المانع يحقق مصلحة مشروعة للغير . فقد تحدد له مدة معقولة تستغرق حياة هذا للغير . وهذا واضح فيما قدمناه من الأمثلة (١) . فإذا اشترط الواهب على الموهوب له إيرادا يرتبه للغير مدى حياته ، أو حق انتفاع أو حق سكنى يلبوم مادام الغير على قيد الحياة ، فإن المدة المعقولة للمنع من التصرف قد تستغرق في هذه الحالة حياة الغير (٢) .

وإذا مات المتصرف له قبل موت الغير أى قبل انتهاء المدة المعقولة . نقلت العين إلى وريثة المتصرف له مثقلة بالشرط المانع . فلا يجوز لهؤلاء التصرف فيها مادام الغير حياً .

٣١٩ - حكم التصرف الذى يتضمن شرطاً مانعاً مرة غير معقولة -

إحالة : فإذا كان الشرط المانع مدته غير معقولة ، كان باطلاً كما قدمنا . ثم ينظر بعد ذلك إلى مصير التبرع نفسه . فإن كان الشرط المانع هو الدافع إلى

— فنص التفتين المدنى المصرى صريح كما رأينا في إباحة الشرط المانع حتى لو كانت مدته قد حددت ابتداء بحياة المتصرف له (إسماعيل خانم فقرة ٣٨ ص ٧٧ هامش ١ - حسن كبيرة فقرة ٨٩ ص ٢٩١ هامش ٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣١٣ .

(٢) مانوق وريثو فقرة ٥٦ ص ٧٠ هامش ١ .

المتبرع ، بطل التبرع هو أيضاً . أما إذا لم يكن الشرط المانع هو الدافع إلى التبرع ، فإن التبرع يبقى قائماً مع بطلان الشرط المانع^(١) ، أو كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي « صح التبرع ولغا الشرط^(٢) » . وقد سبق أن بسطنا ذلك في حكم التصرف الذي يتضمن شرطاً مانعاً ليس له باعث مشروع^(٣) ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك .

§ ٢ - الجزء الذي يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف

٣٢٠ - ما يترتب على قيام الشرط المانع من أطلام : إذا قام الشرط المانع صحيحاً ، أي كان لباعث مشروع ولمدة معقولة على النحو الذي بسطناه ، ترتب على ذلك أن يمنع التصرف في العين المتبرع بها طول المدة التي حددت في الشرط المانع . فلا يجوز للمتصرف له أن يتصرف في العين بأي نوع من أنواع التصرفات^(٤) .

(١) وقد قضى بأنه إذا حرم البائع على المشتري من التصرف في العين المبيعة تحريماً موقتاً ، كان الشرط جائزاً ، سواء كان التصرف يدوياً أو بنبر عوض . أما إذا كان تحريم التصرف بصفة مؤبدة ، كان الشرط باطلاً ، ولا يبنى عليه بطلان العقد إلا إذا كان هذا الشرط في مقابل الالتزامات التي التزم بها الطرف الآخر (ملحق الكلية ٦ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ٦ رقم ٥٣٩ ص ٨٦٤ - وانظر أيضاً بني سوف الكلية ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٠٩ ص ١٨٨) . وإذا كان الشرط المانع مؤبداً أو لمدة غير معقولة ، فهل يجوز للقاضي إبقاء الشرط مع إنقاص مدته إلى ما يقدر أنه الحد المعقول ، مستنداً في ذلك إلى المادة ١٤٣ مدني التي تقضي بانتقاص العقد إذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال في شق من دون الشق الآخر ؟ يصعب للتسليم للقاضي بهذا المدى الواسع في السلطة التقديرية ، فإنه في الحالات الأخرى التي يجري فيها إنقاصاً في العقد يكون القانون قد رسم له حداً أقصى لا يجوز تجاوزه ، كما إذا أنقص القوائد إلى ٧ ٪ أو مدة البقاء في الشيوخ إلى خمس سنوات . أما هنا فليس أمام القاضي حد أقصى فرضه القانون حتى يلتزمه ، فالأصل أن يبطل الشرط المانع بدلاً من أن يحدد له مدة يقدرها مدة معقولة ثم يقدر في الوقت ذاته أن التصرف كان يرضاه عند إبرام التصرف . انظر في هذا المثل لإسحاق غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ - ص ٨٢ وص ٨٢ هامش ١ - وقارن عبد المنعم فرج الصلة فقرة ١١٢ ص ١٧١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ .

(٣) انظر أيضاً فقرة ٣١٤ .

(٤) وهذا ما لم يقتصر الشرط على المنع من نقل الملكية دون غيره من التصرفات (جوسران ١ فقرة ١٨٦٤ - شفيق شحاتة فقرة ١٠١ - حسن كيرة فقرة ٩١ - ٢٩٢ - إسحاق غانم فقرة ٤١ ص ٨٩ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ١١٤ ص ١٧٤ - منصور مصطفى منصور =

لا يجوز له أن يبيع العين ، أو أن يهبها ، أو أن يقدمها حصّة في شركة ، أو أن يقرر عليها حق انتفاع أو حق ارتفاق ، أو أن يرهنها رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً^(١) . وإذا أخذ دائن للمتصرف له عليها حق اختصاص أو ترتب له حق امتياز ، فلا يجوز لهذا الدائن أن يحجز على العين في أثناء المدة التي يبقى فيها للشرط المانع قائماً . لأن العين تصبح غير قابلة للحجز عليها مادامت غير قابلة للتصرف فيها كما سئرى .

ولكن يجوز للمتصرف له أن يوصى بالعين ، فإن الإيصاء ولو أنه تصرف إنما هو تصرف لما بعد الموت ، والمقصود عدم التصرف في حال الحياة^(٢) . وذلك ما لم يكن الغرض الذي يراد تحقيقه من شرط المنع يقتضي منع الوصية ، كما إذا قصد المتصرف من الشرط المانع أن تتوّل العين بعد موت المتصرف له إلى ورثة هذا الأخير^(٣) .

وقد يكون الشرط المانع مقصوراً على وجوب استبدال عين أخرى بالعين المتصرف فيها ، ففي هذه الحالة يجوز التصرف في العين ، ولكن يلتزم المتصرف

= مقالة ٤٦ ص ١٠٤ - ١٠٥ ص ١٠٥) . وانظر عكس ذلك وأن الشرط المانع في نفسه لا يتناول إلا المنع من نقل الملكية أو ما يؤدي إلى ذلك كالرهن : انظر باج ٥ مقالة ٩٠٩ - عبد المنعم البدراوي مقالة ٧٣ .

والمنع من التصرف لا يقتضي المنع من هدم البناء أو التغيير المادي في الشيء ، إلا إذا اشترط المتصرف ذلك صراحة فيكون هناك التزام في ذمة المتصرف له بالامتناع عن عمل ، ولا يكون هذا حق ارتفاق لأن حق الارتفاق إنما يكون لمنفعة عقار لا لمنفعة شخص . انظر شفيق شحاتة مقالة ١٠١ ص ١٢٤ هامش ١ .

(١) كذلك لا يجوز للموهوب له أو الموصى له بإيراد مرتب مد الحياة غير جائز التصرف فيه أن يتول عن الرهن الذي يكفل له هذا الإيراد المرتب (أوبري ورووبارتان ١١ مقالة ٦٩٢ ص ١٩٧) .

(٢) إسحاق غانم مقالة ٤١ ص ٨٩ - حسن كيرة مقالة ٩١ ص ٢٩٤ - وقد كان المشروع منتهى المادة ٨٢٣ منقح ينص صراحة على الشرط الذي « يقضي بمنع التصرف في مال أو بمنع الإيصاء به » ، نزلت عبارة « أو بمنع الإيصاء به » في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٧٤ - وانظر أيضاً مقالة ٣٠٨ في الهامش) .

ولا يحول الشرط المانع دون زرع ملكية العين للمنفعة العامة (بيدان مقالة ٢٧٤ - حسن كيرة مقالة ٩١ ص ٢٩٤) ، ولا دون أعمال الإدارة ، ولا دون أعمال التصرف الكاشفة كالفسخ والصلح (إسحاق غانم مقالة ٤١ ص ٨٩) ، ولا بمنع بداية من انتقال العين بالميراث .

(٣) منصور مصطفى منصور مقالة ٤٦ ص ١٠٥ - ١٠٦ .

له بأن يشتري بشئنا حيناً أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(١) . كما قد يكون الشرط المانع مفسوراً على وجوب عرض العين ، عند الرغبة في التصرف فيها ، على شخص معين بالأفضلية على غيره ، فيجب قبل التصرف في العين لشخص آخر أن تعرض العين على هذا الشخص المعين حتى إذا رغب في شرائها كانت له الأفضلية على غيره ، وقد تقدم بيان ذلك^(٢) .

وحتى يكون الشرط المانع في العقار نافذاً في حق الغير ، أى في حق شخص تصرف له من تلقى العين مثقلة بهذا الشرط ، يجب تسجيل الشرط المانع . ويقع عادة هذا التسجيل ضمن تسجيل التصرف الأصلي الذي نقل العين مثقلة بالشرط ، فيذكر في تسجيل التصرف الأصلي ما ورد في التصرف من نصوص متعلقة بالشرط المانع . ومن ثم يكون الشرط المانع حجة على الغير ، فإذا وقع تصرف لغير مخالف للشرط المانع ، كان التصرف باطلاً كما سنرى وأمكن الاحتجاج على الغير بالبطلان .

ومضى كانت العين غير قابلة للتصرف فيها (inaliénable) بحكم الشرط المانع ، أصبحت أيضاً غير قابلة للحجز عليها (insaisissable) ، فإن المنع من التصرف يقتضى المنع من الحجز . ولو أن الحجز كان جائزاً لأمكن التحايل على شرط المنع من التصرف ، بأن يقترض المالك مالا ويدفع للدائن يحجز على العين ويقتضى حقه منها ، فيكون المالك قد تصرف في العين على هذا النحو بطريق غير مباشر^(٣) .

(١) انظر آنفاًقرة ٣١٢ .

(٢) انظر آنفاًقرة ٣١٣ .

(٣) نقض فرنسي ١١ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٤٢ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٩ D. C. ١٩٤١ - ٢٢ - أوبري ورو وبارتان ١١ ققرة ٦٩٢ ص ١٩٨ - پلانول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٢٣٠ .

هذا ولاسخط أن اشتراط عدم جواز الحجز بطريق أصل يختلف عن عدم جواز الحجز المترتب على عدم جواز التصرف . ففى عدم جواز الحجز بطريق أصل تنص المادة ٤٨٧ مرافعات على أن ه البالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حيزها من دائن الموهوب له أو الموصى له الذين نقض ديبهم قبل الحبة أو الوصية إلا لعين نفقة مقررة وبالتسبة المينة ن المادة السابقة (الربع) ه . ويؤخذ من ذلك أن عدم جواز الحجز لا يكون قاطعاً إلا ن حقه الدائنين السابقين على الحبة أو الوصية ، لأن هؤلاء الدائنين لم يحصلوا وقت أن =

الأصلي . ومن ثم تعود العين إلى ملك المتصرف . ويسقط تبعا لذلك التصرف المخالف للشرط المانع والصادر من المتصرف إليه^(١) .
ولكن القضاء الفرنسي لم يقف عند تطبيق القواعد العامة في هذه المسألة ، فقد أجاز أن يطلب المتصرف (أو ذو المصلحة المشروعة) ، لا فسخ التصرف الصادر منه ، بل إيقاه والاقتصار على إبطال التصرف الذي صدر مخالفا للشرط المانع^(٢) . فيجوز إبطال كل تصرف مخالف للشرط المانع^(٣) ، وكذلك إبطال كل رهن يصدر من المتصرف له إذ يكون هذا الرهن مخالفا للشرط المانع^(٤) ، وكذلك إبطال كل نزول من جانب المتصرف له عن الرهن الذي يكفل ما تلقاه بالهبة أو الوصية من إيراد مرتب^(٥) . بل إن الإبطال يتناول ما ترتب على العين من رهن قانوني أو رهن قضائي^(٦) . ولا يكون المتصرف له الذي صدر منه التصرف المخالف للشرط المانع مسئولاً عن هذا التصرف الأخير ، ومن ثم لا يجب عليه الضمان^(٧) .

والذي يطلب الإبطال هو من تقرر الشرط المانع لمصلحته . فإذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة الواهب ، فالواهب وحده دون الموهوب له هو الذي يطلب الإبطال^(٨) . أما إذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة

(١) سالتانيه ١ فقرة ٦٥٢ .

(٢) نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٨٦٨ ميريه ٦٨ - ١ - ٢٠٤ - باريس ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ ميريه ٨٤ - ٢ - ١٧١ - ٩ مارس سنة ١٩٠٣ ميريه ١٩٠٤ - ٢ - ٢٠٤ - تولوز ١٦ يناير سنة ١٩٠٧ ميريه ١٩٠٨ - ٢ - ١٢٣ .

(٣) نقض فرنسي ١١ يولييه سنة ١٨٧٧ ميريه ٧٧ - ١ - ٤٤٣ - ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ ميريه ١٩١١ - ١ - ١٥٠ .

(٤) نقض فرنسي ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٧ - باريس ٩ مارس سنة ١٩٠٣ ميريه ١٩٠٤ - ٢ - ٢٠٤ - روان ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ ميريه ١٩٠٦ - ٢ - ٢٢٦ .

(٥) مجموع ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٦ ميريه ١٩٠٦ - ٢ - ٢٨٢ .

(٦) دوييه ٢ يولييه سنة ١٨٩٢ تحت حكم محكمة النقض الصادر في ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٤ ميريه ٩٥ - ١ - ٢٧٦ .

(٧) باريس ١٤ يولييه سنة ١٨٨٣ ميريه ٨٤ - ٢ - ١٧١ .

(٨) نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٥٦٦ .

الموهور له أو لمصلحة أجنبي ، فإن الموهور له أو الأجنبي ، دون الواهب ، هو الذى يطلب الإبطال^(١) .

وينفذ الإبطال فى حق من تلقى التصرف المخالف للشرط المانع ، حتى لو كان هذا حسن النية لا يعلم بهذا الشرط^(٢) . وقد قدمنا أنه يجب تسجيل الشرط المانع ، حتى يجعل كان نافداً فى حق من تلقى التصرف .

٣٢٢ - موجبات المراجعة للقضاء الفرنسى فى هذا الصدد :

لو أن القضاء الفرنسى اقتصر على تطبيق القواعد العامة ، مادام لا يوجد نص خاص ، لوجب أن يقضى بفسخ التصرف الأصل الذى تضمن الشرط المانع على أساس أن المتصرف له لم يقم بالتزامه من الامتناع عن التصرف فى العين . ولكن هذا الجزء يجاوز فى كثير من الأحيان الغرض الذى قصد إليه المتصرف من الشرط المانع ، فهو لم يرد إذا خولف هذا الشرط أن يحرم المتصرف له من العين ، بل كل ما أراد هو أن تبقى العين له دون أن يتصرف فيها لأحد . لذلك ترك القضاء الفرنسى التصرف الأصل قائماً ، واقتصر على إبطال التصرف الذى صدر مخالفاً للشرط المانع . فعلى أى أساس يقوم هذا القضاء ؟

قيل إن الشرط المانع يربط التزاماً فى ذمة المتصرف له بالامتناع عن عمل ، أى بالامتناع عن التصرف فى العين ؛ فإذا أخل الملتزم بهذا الالتزام وتصرف فى العين ، جاز أن يكون الجزء على الإخلال بالالتزام هو التعويض العيني ، أى إبطال التصرف الذى صدر مخالفاً للشرط المانع . وهذا ما تقضى به المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى ، فهى تقرر أن الدائن فى الالتزام بالامتناع عن عمل من حقه أن يطلب إزالته ما تخالف لهذا الالتزام (a la droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit)^(٣) . ولكن هذا القول محدود بأن المقصود بعبارة « الإزالة »

(١) نفس فرنسى ٢٥ يولي سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٣٥٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٣٣٧ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٧ - بيزانسون ١٤ مايو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٣ - ٢ - ١١٠ - باريس ١٤ يولي سنة ١٨٨٣ سيري ٨٤ - ٢ - ١٨١ .

(٢) باريس ٢٥ مايو سنة ١٩٠٢ جازيت دي تريبيون ١٤ سبتمبر سنة ١٩٠٢ .

(٣) كولان وكاهيتان دي لامورانديير ١ فترة ١٠٣١ - ٨٣٠ - وانظر أيضاً فى حلقه نفسى فريق شاسته فترة ١٠٣ ص ١٢٩ - عبد المنعم قبلواوى فترة ٧٧ ص ٩٩ .

(soit détruit) الواردة في آخر المادة ١١٤٣ مدني فرنسي هو الممنع المادي . لا إبطال التصرف المخالف للالتزام بالامتناع^(١) .

وقيل إن الشرط المانع إنما يجعل التصرف له ناقص الأهلية . فلا عكس بالتصرف في العين تصرفاً صحيحاً ، بل يكون نصر فنهياً قابلاً للإبطال^(٢) . وهذا القول مردود أيضاً بأن نقص الأهلية إنما يحدده القانون ، ولا يجوز للشخص بإرادته أن يجعل نفسه ناقص الأهلية^(٣) . ولو سلمنا جدلاً بأن المتصرف له يصح بالشرط المانع ناقص الأهلية ، لكان هو وحده الذي يطلب إبطال التصرف الصادر منه مخالفاً للشرط المانع . ولما جاز أن يطلبه المتصرف أو الغير . وقد رأينا أن القضاء الفرنسي يسلم بأن لأي من هذين طلب الإبطال . وفي كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحته .

وقيل إن الشرط المانع إنما يقع على العين ذاتها فيجعلها غير قابلة للتصرف فيها ، في حدود المصاحبة التي تقرر الشرط المانع لحمايتها^(٤) . ويرد على هذا القول بما يأتي : (١) إن القول بأن الشرط المانع يجعل العين غير قابلة للتصرف فيها لا يتفق مع القول بأن التصرف المخالف للشرط المانع إنما يكون قابلاً للإبطال . ففي كانت العين غير قابلة للتصرف فيها ، ترتب على ذلك في منطق القانون أن يكون كل تصرف فيها باطلاً ، لا قابلاً للإبطال . (٢) وحتى مع التسليم جدلاً بالقابلية للإبطال (أي بالبطالان النسبي) ، فإن أسباب القابلية للإبطال طبقاً للقواعد العامة محددة على سبيل الحصر ، فهي ترجع إما لنقص في الأهلية أو لعب في الرضاء ، فلا يستطيع إذن الطرفان باتفاق بينهما ، ودون نص خاص في القانون يميز لها ذلك ، أن يخلقاً سبباً آخر للقابلية للإبطال . (٣) ثم إن القول بالقابلية للإبطال لا يسفح إلا للمتصرف له ، وهو من تقرر القابلية للإبطال لمصلحته ، أن يطلب الإبطال . وهذا يجعل الشرط المانع ليست له قيمة عملية ، فإن المتصرف له لن يطلب إبطال تصرف صادر منه هو ، فيعرض نفسه للرجوع عليه بالضمان ورد الثمن الذي قبضه ، وهو

(١) انظر في هذا المعنى پلاتيول وريبير وبيكار ٣ بقرة ٢٢٨ ص ٢٢٧ حاشي ٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى چورسان ١ بقرة ١٨٥٠ .

(٣) مارتق وريينو بقرة ٥٦ ص ٧٠ .

(٤) پلاتيول وريبير وبيكار ٣ بقرة ٢٢٨ - مارتق وريينو بقرة ٥٦ ص ٧٠ .

حريص على أن يستبقى العن^(١) . (٤) وإذا أراد القضاء الفرنسي أن يتحول من البطلان النسبي إلى البطلان المطلق . فإنه يصادف نفس العقبة إذ أن البطلان المطلق يفترض أن العن غير قابلة للتصرف فيها كما قدمنا . وعدم قابلية العن للتصرف فيها أمر لا يصح أن تنشأ لإرادة الطرفين ، بل لابد فيه من نص تشريعي . وهذا النص التشريعي غير موجود في القانون الفرنسي^(٢) . والواقع أن القضاء الفرنسي قضاء اجتهادي محض . ينقصه النص التشريعي الذي يستند إليه . وهو في الوقت ذاته قضاء لا يخلو من التناقض . فهو يقيم دون نص الأساس للبطلان المطلق . ثم يستخلص منه . دون نص كذلك . البطلان النسبي . هذا من الناحية النظرية . ومن الناحية العملية . هو قضاء لا يفي بالحاجات العملية ، فهو لا يسمح للمتصرف أن يطالب بإبطال التصرف الصادر من المتصرف له مخالفا للشرط المانع ، والمتصرف له لن يطلب إبطال التصرف الصادر منه كما قدمنا . وبذلك يتجرد الشرط المانع من كل قيمة عملية .

ويقين من كل ذلك أن المسألة في حاجة إلى نص تشريعي يضع الأمور في نصابها . وهذا النص التشريعي قد وجد في التقنين المدني المصري .

٣٢٣ - البطلان في التقنين المصري بطلان مطلق - نص تشريعي :

لم يشأ التقنين المدني المصري أن يسكت عن تحليله مصير التصرف الذي يقع مخالفا للشرط المانع . ، فنصت المادة ٨٢٤ مدني على ما يأتي :

« إذا كان شرط المانع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة . فكل تصرف يخالف له يقع باطلا »^(٣) .

(١) كولان وكايتان ودى لاموراند في ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٢١ .

(٢) أوبري رود وباروتان ١١ فقرة ٦٩٢ هامش ٣٧ سابقا .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٤ . فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٤ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٧٥ - ص ٧٧) .

ولا مقابل لنص في التقنين المدني السابق ، ولكن بعض أحكام القضاء المصري ، في عهد التقنين المدني السابق ، كانت تقضي بالبطلان المطلق على الوجه المنصوص عليه في المادة ٨٢٤ =

ويمحس . قبل تناول النص . أن نبين أولاً التكييف القانوني للشرط المانع . فهل هذا الشرط يقتصر على ترتيب التزام شخصي في ذمة المتصرف له بمنعه من التصرف في العين ، أو هو شرط يجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها^(١) ؟ اختار التقنين المدني المصري التكييف الثاني . فجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها . ويترتب على ذلك بطلان أى تصرف يقع مخالفاً للشرط المانع بطلاناً مطلقاً . وهذه نتيجة منطقية ، بل هي نتيجة بدسئية ، لجعل العين غير قابلة للتصرف فيها . ولما كان ذلك يحتاج إلى نص تشريعي . فقد أورد التقنين المدني هذا النص في المادة ٨٢٤ مدني مضافة الذكر ، حيث صرح كما رأينا بأن كل تصرف يخالف للشرط المانع يقع باطلاً . ولاشك في أن التصرف الباطل ، في لغة التقنين المدني المصري . هو التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً ولاشئ غير ذلك . أما إذا كان التقنين يريد البطلان النسبي ، فإنه يستعمل دائماً لهذا المعنى عبارة « قابل للإبطال » .

فالتصرف المخالف للشرط المانع هو إذن . في التقنين المدني المصري ، تصرف باطل بطلاناً مطلقاً بصريح النص . وهذا الحكم فيه ميزتان يتفوق بهما على القضاء الفرنسي :

(الميزة الأولى) أنه يتفق مع جعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها ، فجزاء التصرف في عين غير قابلة للتصرف فيها هو البطلان المطلق لا البطلان النسبي . أما لو جعل الشرط المانع يقتصر على ترتيب التزام شخصي في ذمة المتصرف له بالامتناع عن التصرف ، لكان جزاء التصرف المخالف ليس هو

— من التقنين المدني الجديد : استئناف مصر ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٦٤ ص ٢١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ - طعنا ٦ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٣٩ ص ٨٦٤ .

ويقابل النص في التفتينات المدفعية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٣٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) انظر مناقشة هذه المسألة في پلانول وبيير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٧٦ .

البطلان المطلق . ولا هو البطلان النسبي ، بل هو فسخ التصرف الأصلي . ولم يرد التقنين الملقى المصرى أن يجاوز ما قصد إليه المتصرف من إيراد الشرط المانع ، فهو لم يقصد عند مخالفة الشرط فسخ التصرف الأصلي ، بل إبقاء هذا التصرف قائما مع إلغاء ما صدر من المتصرف له من تصرف مخالف للشرط المانع ، وقد سقت الإشارة إلى ذلك .

(المزية الثانية) عالج التقنين الملقى المصرى بالحكم الذى أورده - البطلان المطلق - عيبا وقع فيه القضاء الفرنسى عندما اتجه إلى البطلان النسبي . فالبطلان المطلق يسمح للمتصرف . ولكل ذى شأن ، أن يطلب بطلان التصرف المخالف للشرط . حتى لو كان الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف له وحده (١) . فأصبح للشرط المانع بذلك قيمة عملية تؤدى إلى إسقاط كل تصرف يصدر مخالفا لهذا الشرط ، سواء تقرر الشرط لمصلحة المتصرف أو لمصلحة المتصرف له أو لمصلحة الغير . فالبطلان المطلق يستطيع أن يتمسك به كل ذى مصلحة ، بل ويتمسك به من تلقى التصرف المخالف للشرط وهو الذى تعاقده مع المتصرف له . ففى صدر من المتصرف له تصرف مخالف للشرط المانع إلى شخص معين ، كان لكل من طرفى التصرف المخالف للشرط المتمسك بالبطلان . وكان كذلك للمتصرف وله دائما . صاحبة أدبية فى عدم مخالفة الشرط المانع الذى فرضه ، وللغير إذا تقرر الشرط المانع لمصاحته ، المتمسك بالبطلان .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما ، فالشرط المانع من التصرف صحيح . فإن خالف . كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف . وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافا قام حول هذه المسألة ، إذ كان القضاء مترددا بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي .

(١) وحتى لو كان من تعامل مع المتصرف له فى التصرف المخالف الشرط المانع حسن نية ، أى لا يعلم بالشرط المانع ، متى كان هذا الشرط قد تضمنه تسجيل للتصرف الأصلي . وبهذا يقول القضاء والفقهاء فى فرنسا (باريس ٢٥ مايو سنة ١٩٠١ جازيت دى تريبيون ١٤ سبتمبر سنة ١٩٠١ - كولان وكاينيتان دى لا مولينيه ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٢٠ - وانظر پلانبول وريبيرو بولانيه ١ فقرة ٢٨٧٥ - مائوت ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ - ص ٧١) .

والذى يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف ، إذ له دائماً مصلحة في ذلك . ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير ، إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحصى مصلحة مشروعة لأحد منهما^(١) . وهذه هي القاعدة التى سبق تقريرها في الاشتراط لمصلحة الغير^(٢) .

(١) يلاحظ أنه فيما يتعلق بالمتصرف له يجوز له دائماً طلب بطلان التصرف المخالف للشرط المانع ، حتى لو كان هذا الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف أو لمصلحة الغير دون مصلحة هو ، لأنه أحد طرق التصرف الباطل . فالمتصرف له ، كالمصرف ، يجوز له دائماً طلب البطلان . وهذا بخلاف الغير ، فلا يجوز له طلب البطلان إلا إذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة ، وكذا حتى تكون له مصلحة تسوغ له وهو من الغير طلب بطلان التصرف . وحل هذا الوجه يجب أن تفهم المذكورة الإيضاحية .

والمتصرف من المتصرف له هو الطرف الآخر في التصرف الباطل ، ومن حقه كما قلنا أن يطلب هو أيضاً البطلان . وليس هذا غريباً في منطق البطلان المطلق ، وهو به لا يخلو من فائدة للمتصرف إذ يستطيع أن يبادر إلى طلب البطلان ، فلا يطلب بائناً إذا كان لم يفعله ، أو يترده إذا كان قد فعله . قارن شفيق شحاتة فقرة ١٠٣ .

(٢) بمجموعة الأعمال التضييقية ٦ ص ٧٧ - وقد تضاربت الآراء في الفقه المصرى في هذه المسألة :

فقد ذهب الأستاذ شفيق شحاتة إلى أنه الاتفاق على المنع من التصرف يتولده فقط التزام بالامتناع عن عمل هو التصرف... فإذا تفرغ الملتزم بعدم التصرف فإنه يكون قد أغل بالترامه . ولذلك نقانا نرى أن المتصرف يستطيع أن يطلب إبطال التصرف كطريق من طرق تنفيذ المسمى . (شفيق شحاتة فقرة ١٠٣ ص ١٢٨ - وانظر أيضاً في هذا المعنى عبد المنعم الجبرائيل فقرة ٧٧ ص ٩٩) .

ويقول الأستاذ إسحاق غانم : « وتطور الصعوبة بصدد تحديد أحكام هذا البطلان . فقد جعله في المذكورة الإيضاحية أنه إذا خولف الشرط ، فإن التصرف باطلاً بطلاً مطلقاً لعدم قابلية المال للتصرف . ولكن متفق البطلان المطلق أن يكون لكل ذي مصلحة التمسك به ، والمصلحة أن تقتضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول بالإجازة (١٤١) . وتلك نتائج لا تستقيم مع الفرض المقصود من الشرط المانع ، وهى حماية مصلحة خاصة لشخص معين . فيجب - على الأقل حيث يكون الشرط المانع مثلاً لمصلحة شخص آخر غير المالك (المشترط أو الغير) - أن يكون هو صاحب الشأن الأول في الانتفاع بتلك الحماية ، فيجب أن يتوقف الحكم بالبطلان على مطالبته به ، ويكون له أن يتنازل عن حقه في الإبطال بإجازة التصرف المخالف . ولكن ليس معنى ذلك أن أحكام البطلان تنسب منطقياً انطباقاً تاماً . فالبطلان تنسب منطقياً للقواعد العامة إنما يقرر لمصلحة أحد المتعاقدين ، في حين أن الشرط المانع قد يكون مقرراً لحماية المشترط أو الغير وهو ليس طرفاً في التصرف المخالف . وإذا كان الشرط المانع مقرراً لحماية المالك نفسه من وعوته أو تضييره ، فإن تطبيق أحكام البطلان لا يحصى تطبيقاً كاملاً يقتضى قصر طلب بطلان التصرف المخالف على المالك وتحويله حتى -

المبحث الثاني

خصائص حق الملكية

٣٢٤ - **خصائص ثلاث** : (١) فهو حق جامع (total) . (٢) وهو حق مانع

= الإجازة ، وذلك كتقيل بتجريد الشرط من قيمته العملية. ولذلك يضمن في هذه الحالة تحويل الشرط حق طلب الإبطال بناء على ما له من مصلحة أدبية ، وبالتالي فلا تكون إجازة المالك لكي يصبح التصرف المخالف في مآمن من الإبطال بل يجب أن تنضم إلى إجازة الشرط (إسماعيل غانم فقرة ٤١ ص ٩٠) - وانظر أيضاً قريباً من هذا المعنى : حسن كيرة فقرة ٩١ ص ٣٠١ و ص ٣٠٤ - ص ٣٠٥ - عيد المنعم فرج الصلة فقرة ١١٣ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١١٦

ويقول الأستاذ محمد علي عرفة : « الواقع أن اشتراط المنع من التصرف في ذاته لم يجر على حكم التبريد العامة ، فلا محل إذن لمحاولة إستاد الجزء المرتب على مخالفته إلى أساس من المبادئ المقررة في القانون . وكل ما يمكن قوله في هذا الصدد هو أن القضاء قد أباح للأمر المبرورج على النظام القانوني للملكية ، فأباح اشتراط المنع من التصرف في الأموال ، وذلك من شأنه أن تصبح هذه الأموال مثقلة بتكليف هو (charge réelle) ، فتخرج عن دائرة التعامل ، (هو ما يؤدي إلى بطلان كل تصرف فيها على خلاف مقتضى هذا التكليف » (محمد علي عرفة فقرة ٢٨١ ص ٣٦٩) . ثم يقول في موضع آخر : « قرر المشرع في المادة ٨٢٤ ... وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية ... والواقع أن المشرع لم يحسم بهذا الحكم ذلك الخلاف فحسب ، فقد القى ذلك الخلاف بما استقر عليه القضاء الفرنسي من تقرير بطلان التصرف المخالف ، ولكنه رد البطلان إلى أساسه القانون السام أيضاً ، بأن قرر بطلاناً مطلقاً ، لا نسبياً كما ذهب إليه القضاء الفرنسي » (محمد علي عرفة فقرة ٢٨٢ ص ٣٧٠) . ونحن نؤيد الأستاذ محمد علي عرفة فيما ذهب إليه تأييداً تاماً ، ولا نتوقف إلا في شيء واحد هو قوله « فتخرج عن دائرة التعامل » . فو رأينا أن المال المتنوع التصرف فيه لم يخرج عن دائرة التعامل . إلا إذا أريد بالتعامل التصرف ، فهو مال يخرج عن دائرة التصرف دون أن يخرج عن دائرة التعامل ، إذ هو لا يزال قابلاً للتعامل فيه فيما لا يتعارض مع الغرض من الشرط المانع . فيجوز لإيجاره ونوادره وتملكه بالتقادم ونزع ملكيته لمنفعة العامة وما إلى ذلك (انظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ١١١ - ص ١١٢) .

انظر أيضاً في سني البطلان المطلق : محمد كامل مرسي ١ فقرة ٤١٤ - عبد الفتاح عبد اتباق فقرة ١١٨ ص ١٦٤ - ص ١٦٧ - جيل الشراوى في ١٠ سألته في البطلان فقرة ٤٠ ص ١١٣ - ص ١١٤ .

(exclusif) . (٣) وهو حق دائم (perpétuel) . وكان يقال قديما إن الملكية حق مطلق (absolu) . وقد رأينا^(١) أن الملكية على العكس من ذلك حق مقيد ، إذ يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون . وأن يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية .
ونعالج الخاصيتين الأولين - الملكية حق جامع مانع - في مطلب ،
وتفرد للخاصية الثالثة - الملكية حق دائم - مطلباً ثانياً لأهميتها ؛

المطلب الأول

الملكية حق جامع مانع

٣٢٥ - الملكية هي جامع : قدمنا أن الملكية حق يشمل على أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء ، فهي تحول المالك الانتفاع بالشيء (jus utendi) ، واستغلاله (jus fruendi) . والتصرف فيه (jus abutendi) . وليس لصاحب أى حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات جميعا ، بل لا يكون له إلا بعضها . ثم إن المالك أن يصنع بملكه ما يشاء ، إلا ما منع منه القانون . فالأصل في الملكية الإباحة ، والتحرير هو الاستثناء . ولا بد في الاستثناء من نص . وهذا النص لا يجوز التوسع في تفسيره^(٢) . ومن ثم كانت الملكية حقا جامعاً (plena in re potestas) .
ويرتّب على أن الملكية حق جامع أمران :

(الأمر الأول) أن الأصل في حق المالك أن يكون جامعاً لكل السلطات ، ولا يكلف المالك إلا بإثبات ملكه طبقاً للطرق المقررة قانوناً . ومن يدعى أن له حقا في ملك الغير ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، أو يدعى أن هناك قيوداً تقرر لمصلحته على ملك الغير كقيام شرط مانع من التصرف ، فعليه هو ، لا على المالك ، يقع عبء الإثبات . ذلك أن المفروض هو أن المالك يجمع كل السلطات ، فلم يثبت أحد أن القانون أو الاتفاق يحول له بعضها بقيتنا على حكم الأصل ، واعتبرت الملكية جامعة أى خالية من أى قيد^(٣) .

(١) انظر آتفا لفرة ٢٩٧ .

(٢) أنسيكاويدي دالوز ؛ لفظ *Propriété* تقرة ٣٦ .

(٣) أوبري رود وبارتازن ٢ تقرة ١٩٠ من ٢٤٨ - بودوي وشوشو تقرة ٢٠٢ .

(والأمر الثاني) أن أى حق يضرع عن الملكية يكون عادة مؤقتا . فعق الانتفاع وما يلحقه من حق الاستعمال وحق السكنى هى بالضرورة حقوق مؤقتة ، ولا يجوز أن تجاوز مدتها حياة أصحابها . وحقوق الارتفاق يمكن أن تكون حقوقا مؤقتة ، وإذا لم تحدد لها مدة فإن هناك أسبابا معينة ذكرها القانون لانقضاءها سيأتى بيانها عند الكلام فى حقوق الارتفاق (انظر المواد ١٠٢٣ - ١٠٢٩ مدنى) . وحق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة ، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة ، اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) . وحقوق الرهن والاختصاص والامتياز تزول حتما بانقضاء الحقوق الشخصية التى تكفلها . ومنى بقرار أن الحقوق المتفرعة عن الملكية هى حقوق مؤقتة على النحو الذى رأيناه ، فإن أى حق منها متى استوفى مدته ، ارتد حتما وبمحكم القانون إلى الملكية ، فيعود لحق الملكية ما كان . قد انتقص منه بسبب قيام الحق المضرع عنه . ذلك أن الملكية حق جامع شامل كما قدمنا ، فإليه يعود جميع ما تفرع عنه من حقوق بعد أن تستنفذ هذه الحقوق مدة بقائها . فإذا استنفذ حق الانتفاع مثلا مدة بقائه ، ارتد إلى الرقبة ، وعادت الملكية كاملة وكانت قبل ذلك ناقصة بقيام حق الانتفاع منفصلا عنها .

٣٣٦ - الملكية من مانع : ومعنى أن الملكية حق مانع هو أنها حق مقصور على المالك دون غيره ، فلا يجوز لأحد أن يشاركه فى ملكه : أو أن يتدخل فى شؤون ملكيته . وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٢ مدنى كان يجرى على الوجه الآتى : « المالك الشئ » ، « ادام ملتزما بحدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ... » . وقد عدل النص فى لجنة المراجعة ، فأصبح يجرى على الوجه الآتى : « المالك الشئ وحده ... »^(١) ، فحل لفظ « وحده » محل عبارة « دون أى تدخل من الغير » ، دون تغيير فى المعنى . وتأكيذا لمعنى أن الملكية حق مانع لا يجوز معه أن يتدخل الغير فى انتفاع المالك بملكه ، حذف فى لجنة مجلس الشيوخ من مشروع التقنين المدنى عندما كانت تنظره نصا (م ١١٧٠ من المشروع التمهيدى) كان يجرى على الوجه الآتى : « إذا تدخل الغير فى انتفاع

(١) انظر أيضا فقرة ٢٩٥ فى الماشر .

المالك بملكه ، وكان هذا التدخل ضروريا لتوثيق خطر داهم هو أشد كبراً من الضرر الذى يصيب المالك من التدخل ، فليس للمالك أن يمنع ذلك ، وإنما له أن يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر^(١) . وقالت اللجنة فى تقريرها : اقترح حذف المادة ... ، لما قد تودى إليه من انتهاك حرمة ملك الغير ، وما قد تخلقه من مشاكل لا ضابط لها ولا محمد عقباها . وقد رأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، ولكن على أساس أن النتيجة العمالية من النص تحقق فى الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إلى نص من ناحية ، وأن فى فكرة التسف فى استعمال الحق ما قد يبنى عن أحكام هذه المادة فى كثير من الفروض التى تقصر فيها المروعة عن قضاء حق الضرورة^(٢) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « (١) يضع هذا النص مبدأ عاماً يقيد من حق الملكية تقييداً أساسياً ، مترد له تطبيقات كثيرة فيما بعد . والبدأ مقتبس من التفتين الألمان ، وفيه وزن صحيح لجميع المصالح المشروعة . فإن الغير قد يبعد نفسه مضطراً إلى التدخل فى انتفاع المالك بملكه ، حتى يتوق ضرراً هو أشد بكثير من الضرر الذى يصيب المالك من هذا التدخل . لذلك وجب اختيار أهون الضررين ، فيحصل للمالك الضرر الأخف حتى يندأ عن الغير الضرر الأشد . ولا يترك المالك بعد ذلك دون تعويض ، بل يعرض تعويضاً مادداً عما أصابه من الضرر . وما حقوق الشرب والمجرى والمسبل والمروءة إلا تطبيقات لهذا المبدأ . » (٢) ويلاحظ أن التفتين الألمان عبر عن هذا المعنى بنص ذكر فيه أنه لا يجوز لملك أن يمنع الغير من استعمال ملكه ، أما المشروع فقد استعمل تمييزاً أوسع فذكره تدخل لغير فى انتفاع المالك بملكه . والتمييز بالتدخل فى انتفاع المالك يتطوى تحته الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، كما يتطوى تحته حالة الضرورة ، وقد سبق ذكر هاتين الحالتين فى العمل غير المشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩ - ص ٣٠ فى الهامش - وقد نفى بأن المالك للبناء ، فى سبيل إصلاحه وترميمه ، أن يستعين بملك الجار ، كان يضع فيه سلباً أو نحو ذلك مما يستعان به فى ترميم لبيته مادام تعديه على ملك الجار خفيفاً وموقوتاً ، بل أن يكون لجار الحق فى الحصول على تعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب هذا التمدى (استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٩) . وقد نصت المادة ١٦٨ مدنى على أن « من سبب ضرراً للغير لبقاض ضرراً أكبر محققاً به أو يثيره ، فلا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القضاء متناسباً . » ولكن من جهة أخرى قضى بأن ترخيص مصلحة التنظيم بإحداث بناء لا يقلل من حق الجار اللصقى فى الممارسة فى أن يقام هذا البناء مستنداً على عقاره هو ، ولو لم يكن ذلك مهدداً لصلاحيته (استئناف مخطط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٣٩ ص ٦٦٩) . وقد حذفت لجنة لمس الشيوخ أيضاً نصاً (م ١١٧٩ من المشروع التمهيدى) كان يجرى على =

وليس قصر الملكية على المالك خاصة بحق الملكية وحده ، بل إن كل حق آخر ، عنيما كان الحق أو شخصياً . مقصور على صاحبه . ولكن القصر في حق الملكية أكثر بروزاً من القصر في غيره من الحقوق ، لأن حق الملكية هو أوسع الحقوق نطاقاً فقصره على صاحبه يكون أبغ أثراً .
ويترب على أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً لشخصين في وقت واحد . يجوز أن يكون الشيء الواحد مملوكاً لشخصين على الشيوع ، ولكن كلا من الشخصين لا يملك الشيء كله ، بل يملك جزءاً منه شائعاً . ويجوز أن يملك البناء أشخاص متعددون ، ولكن كلا من هؤلاء الأشخاص يملك طبقة أو أكثر من طبقات هذا البناء ، دون أن يملك كل منهم البناء كله . ولو أمكن تصور أن يملك شخصان كل الشيء بحيث يملك كل منهما كل الشيء في وقت واحد ، على نحو ما نراه في الحق الشخصي عندما يكون له دائتان متضامتان فيملك كل منهما الحق كله بالنسبة إلى المدين ، لما كانت الملكية حقاً مانعاً . إذ هي لم تمنع أن يوجد إلى جانب مالك الشيء مالك آخر يملك في وقت واحد نفس الشيء وكل الشيء ^(١) .

٣٢٧ - ما يرد من القيود على الملكية من جامع مانع : وإذا قلنا إن الملكية حق جامع مانع . فإن هذا هو الأصل . ولكن يرد على هذا الأصل استثناءات كثيرة . من شأنها أن تقيد من شمول حق الملكية ومن قصرها على المالك .

فهناك قيود قانونية كثيرة تحد من سلطات المالك على الشيء ، بل وتبيح

« الوجه الآتي : » على كل مالك أن يأذن ، في نظير تمويش عادل إذا اقتضى الحال ، لكل شخص ذي مصلحة بأن يدخل ملكه أو يمر فيه ، كلما تبيحت ضرورة ذلك الإجراء للقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية لذلك الشخص ، أو لاستعادة أشياء ضائعة . أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى ، بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ » . كما حذف لجنة المراجعة نصها (م ١١٨٠) من المشروع انتهى (كان يجري على الوجه الآتي : » على مالك الأرض الواقعة على الطريق العام ، إذا أصرح المرور في الطريق متذكراً ، أن يسمح بمرور الجمهور في أرضه ، بشرط أن يكون المرور بالقدر المعتول ، فإذا نشأ عن ذلك ضرر وجب على الجهة الإدارية القائمة على شؤون الطرق لإزالة أن تموض المالك إذا اقتضى الحال ذلك » . انظر مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ٤٨ - ص ٥٠ -

ومستود إلى هذين النصين عند الكلام في قيود الملكية (انظر ما يليقرة ٤٦٥ في الهامش) .

(١) انظر بودري وشوغو ققرة ٢٠١ .

تدخل الغير في ملكه . من ذلك ما يقرره القانون على الجيران من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، وما يفرضه على الجار في ألا يجاوز مضار الجوار المألوفة ، وفي مراعاة مسافة معينة في فتح مغل على جاره . وسيأتى بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في القيود التى ترد على حق الملكية .

ومن ذلك جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها للمنفعة العامة ، بعد أن يدفع للمالك مقلماً تعويض عادلاً .
ومن ذلك ما هو مقرر من أن للملكية وظيفة اجتماعية ، يفرض على المالك القيام بها .

ومن ذلك حق الشفعة وحق الاسترداد ، ففيهما يجبر المالك على بيع ملكه لشخص معين دون المشتري الأصلي .

ومن ذلك ما أعطى المستأجر ، سواء كان مستأجر الأماكن أو مستأجر الأراضى الزراعية ، من حقوق واسعة تقيد من ماطات المالك وتلزمه ألا يجاوز في تحديد الأجرة حداً معيناً ، وفى ألا يخرج للمستأجر من ملكه بعد انتهاء الإيجار .

ومن ذلك التعبير الجبرى ، وفيه يجبر المالك على بيع سلعته بثمان لا يجاوز حداً معيناً .

ومن ذلك ما استحدثت أخيراً من تأميم المشروعات الخاصة ، فتتزع ملكيتها جبراً على أصحابها ، وبعد أن كانت جزءاً من القطاع الخاص تصبح تابعة للقطاع العام .

ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح الزراعى من ألا يتجاوز الملكية الزراعية أو الحيازة حداً معيناً .

وسنعرض لهذه القيود تفصيلاً عند الكلام في القيود التى ترد على حق الملكية .

المطلب الثاني

الملكية حتى دائم^(١)

٣٢٨ - الملكية حتى دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك لربانسة إلى

شخص المالك : وإذا قلنا إن الملكية حتى دائم ، فإنما نقصد أنها حتى دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك ، لا بالنسبة إلى شخص المالك . ذلك أن الملكية تبقى مادام الشيء المملوك باقيا ، ولا تزول إلا بزوال هذا الشيء أى بهلاكه . فهي إذن حتى دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك ، فمادام هذا الشيء باقيا لم يهلك فهي دائمة لا تزول .

ولكن شخص المالك لا يبقى واحدا على الدوام ، فكثيراً ما تنتقل الملكية من شخص إلى آخر ، فيتغير شخص المالك حتى لو كان هذا المالك شخصا معنويا . فإذا كان شخصا طبيعيا ، فالملكية لا شك منتقلة إلى شخص آخر بعد وقت محدود لا يتجاوز عمر المالك ، وإذا مات هذا انتقلت الملكية إلى وارثه أو إلى من أوصى له بالملك . ولكن تغير شخص المالك لا يعنى عدم دوام الملكية ، فالملكية باقية هي بعينها حتى لو انتقلت إلى شخص آخر ، وانتقال الملكية لا يعنى زوالها . ويقال في هذا المعنى عادة إن الملكية تتأبد بانتقالها (La propriété se perpétue en se transmettant)^(١) .

وللدوام حتى الملكية على النحو الذى بيناه معان ثلاثة ، المعنى الأولان لا خلاف فيما ، والمعنى الثالث وحده هو محل الخلاف .

٣٢٩ - المعنى الأول لدوام حتى الملكية - الملكية بطبيعتها غير

موقته : وأول معنى يفيد دوام حتى الملكية أن هذا الحق هو بطبيعته غير

(٥) مراجع : Cheffardel في دوام حتى الملكية رسالة من إكس سنة ١٩٢٣ - Anagnon

في دوام الملكية المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٣ .

(١) بيدان وفواران ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٣٠٤ - مازو فقرة ١٣٤٨ .

والنظر في دفع الاعتراضات الواردة على انتقال حتى الملكية والمقالة بأن حتى الملكية يزول عند انتقاله ، وينشأ حتى ملكية جديد لمن خلف المالك الأصل : مارتى ورينو فقرة ٤٨ - بلانويول وديوير وبولانجه فقرة ٢٧٢٦ وقرة ٢٨٥٩ .

موقت . وقد قلنا أن الحقوق الأخرى غير حق الملكية تكون بطبيعتها موقتة ، أو يمكن أن تكون موقتة . فالحق الشخصي لا يمكن أن يكون دائما ، ولا بد من انقضاؤه في وقت ما ، تبعاً لما يرد عليه من أسباب الانقضاء . والحقوق العينية غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الحكر وحقوق الرهن والاختصاص والامتياز ، كلها حقوق موقتة على الوجه الذي بسطناها . وكذلك حقوق الارتفاق يمكن أن تكون موقتة ، وحتى لو لم يحدد لها أجل هناك أسباب ذكرها القانون تنقضي بها . وقد سبق بيان كل ذلك^(١) . فهذه الحقوق جميعاً تزول قبل أن يزول الشيء الذي ترتبت عليه ، وليس من الضروري أن تبقى ببقاء هذا الشيء . أما حق الملكية فيختلف عن كل هذه الحقوق في أنه يبقى مادام الشيء المملوك باقياً ، وفي أن القانون لم يحدد له وقتاً معيناً لانقضاؤه . فهو حق دائم ، وإذا انتقل إلى شخص آخر فإنه يتأبد بهذا الانتقال كما سبق القول^(٢) .

وفي حين أن أسباب كسب الملكية ، كصادر الالتزام ، أسباب ممتدة يعني القانون بتنظيمها نهاية تامة ، إذا بأسباب زوال حق الملكية ، على خلاف أسباب انقضاء الالتزام ، تنحصر في رأينا في هلاك الشيء المملوك . فالملكية إذن حق دائم ، مادام الشيء للمملوك قائماً .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢٥

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٢٨ - وقد أخذ على هذا المعنى أنه ببقية من بقايا الخلط ما بين حق الملكية والشيء المملوك ، فحق الملكية يستغرق كل سلطة على الشيء حتى أنه يمتزج به ويتجسد فيه ، ويصبح حق الملكية هو الشيء نفسه ، ومن ثم يدوم دوام الشيء . (إسماعيل غانم فقرة ٢٦ - منصور ، مصطلح منصور : فقرة ٧ ص ١٧) . وفي رأينا أن هذا المعنى في دوام الملكية لا يأتي من اختلاط الملكية بالشيء على النحو الذي كان الرومان يذهبون إليه ، وإنما يأتي من أن الملكية كحق متبعض عن الشيء المملوك هو الأصل الذي تنفرع عنه سائر الحقوق العينية . وإذا كان الشيء له وجود قانوني فمتوان وجوده هو أن يقوم عليه حق الملكية ، ويبقى هذا الحق قائماً على سبيل الالتزام ، وإذا تفرعت عنه حقوق أخرى فبصير هذه الحقوق إلى الزوال ، فلذا ما زالت عاد حق الملكية كاملاً كما كان ، وبقي دائماً دون أن يتنقص من دوامه تفرع بعض الحقوق عنه . فلذا ما زال الوجود القانوني للشيء ، بهلاكه في المقار والمقول ، أو بالخلط عنه في المنقول حيث يتقلب الوجود القانوني إلى وجود فعل ، زال حق الملكية . فحق الملكية إذن مرتبط ، لا بالوجود الفعلي للشيء ، بل بوجوده القانوني . قرب من المعنى الذي نقول به حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٠ - ص ١٦٢ ، وقارن منصور مصطلح منصور فقرة ٧ ص ١٧ - ص ١٩ .

٣٣٠ - المعنى الثاني لدوام حق الملكية - الملكية لا يزول بعدم

استعمال : والمعنى الثاني لدوام حق الملكية هو أن هذا الحق لا يزول بعدم الاستعمال (non-usage) . وحق الملكية ، دون الحقوق الأخرى ، هو الذى يتميز بهذه الخاصية . فالحقوق الشخصية تنقضى بالتقادم المسقط ، وتنقضى بانقضاء الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) التى تضمنها . وكذلك تزول الحقوق العينية الأصلية - فيما عدا حق الملكية - بعدم الاستعمال . فحق الانتفاع (وكذلك حق الاستعمال وحق السكنى) . تزول جميعا بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، كما هو صريح النص (م ٩٩٥ مدنى وم ٩٩٨ مدنى) . وحق الحكر ينتهى بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة ، إلا إذا كان موقوفاً فبنتهى بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة (م ١٠١١ مدنى) . وتنتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فإن كان الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة (م ١/١٢٧ مدنى) . أما حق الملكية ، فهو وحده الذى لم يرد فى شأنه نص يقضى بزواله بعدم الاستعمال . وذلك أمر طبيعى ، إذ حق الملكية حق دائم يبقى ما بقى الشيء المملوك ، والمالك حر فى أن يستعمل ملكه أو ألا يستعمله ، ومهما طال مدة عدم الاستعمال فإن حق الملكية باق لا يزول (١) .

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن بقاء الملكية مهما طال مدة عدم الاستعمال ، وإن كان هذا هو القانون الوضعى ، لا يقوم على أساس من جوهر الملكية ، وأنه من المرغوب فيه أن يتغير تشريعنا إسقاط حق المالك ، على الأقل فيما يتعلق بملكية وسائل الإنتاج ، إذا لم يستعمل ملكه مدة معينة ، وأيلولة حق الملكية للدولة تمشيا مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية (إسماعيل غانم فقرة ٢٧ ص ٥٥ - ص ٥٦ - عبد النعم فرج المصدة فقرة ١٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ - ص ٢٢) .

ونحن نرى ، على العكس من ذلك ، أن عدم سقوط الملكية بعدم الاستعمال يقوم على أساس من جوهر الملكية . فإدانت الملكية تقوم مادام الوجود القانونى للشيء المملوك ، ومادام المالك له أن يستعمل الشيء أو ألا يستعمله ، وأن يستقله وألا يستقله ، فإن طبيعة الملكية تقتضى إذن أن هذا الحق لا يزول بعدم الاستعمال . وإذا كانت الحقوق الشخصية تزول بالتقادم المسقط ، فذلك لأن هتاء مدينا من حق أن يطمئن إلى ما استقر عليه وضعه بعد تمام مدة التقادم ، ولأن الدائن تلحق به مظنة الإحمال إذا هو لم يطالب بحقه بعد حلوله إلى أن تنقضى مدة التقادم . وإذا كانت الحقوق العينية الأخرى غير حق الملكية تسقط بعدم الاستعمال ، فذلك لأنها حقوق منقطعة من حق الملكية =

وما دام حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال ، فإن الدعوى التي تخميه ،
وهي دعوى الاستحقاق ، لا تسقط هي أيضاً بالتقادم^(١) . ولا يتصور أن
يكون الحق نفسه غير قابل للسقوط بالتقادم . وتسقط مع ذلك بالتقادم الدعوى
التي يطلب بها هذا الحق^(٢) .

ولذا كان حق الملكية لا يسقط بالتقادم المسقط ، فإن هذا لا يمنع من
كسبه بالتقادم للكسب^(٣) . فإذا وضع شخص يده على مال مملوك لغيره ،

— حيدة لهذا الحق ، وهناك مال من حقه أن يطعن إلى ما استقر عليه وضمه من تحرير ملكيته
وزوال ما اتصل منها بعد تمام مدة عدم الاستعمال . أما حق الملكية ذاته ، فإن عدم استعماله موكول
إلى إرادة المالك ، ولا يوجد أحد من الأفراد يتأذى من عدم استعمال المالك للملك ، إلا لا يوجد
أحد يكون قد اطمأن إلى ما استقر عليه من وضع بسبب عدم استعمال المالك للملك . إلا إذا كان
شخصاً قد حاز الشيء المملوك ، فإنه عندئذ يكتبه بالتقادم للكسب . وإذا قيل إن المجهش يتأذى
من عدم استعمال المالك للملك ، فهذه حجة لا يجوز تصحيحها ، والأول ترك أمرها إلى المشرع
الذي ينوب عن المجهش ، فهو الذي يقدر في حالات خاصة متى يتأذى المجهش فيسرع استئصال
أن الملكية تسقط من المالك بعدم الاستعمال ، وتؤول إلى الدولة . ولا يكون ذلك كاقدم إلا على
سبيل الاستثناء وفي حالات خاصة ، منها ما كانت المادة ٢/٨٧٤ مدني تقضي به من رجوع
الملكية إلى الدولة إذا كف المالك عن استعمال الأرض غير المزروعة مدة خمس سنوات متتالية
خلال السنوات الخمس المشرعة التالية لنتلك (وقد أُلغى هذا النص بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) ،
ومنها ما تقضي به المادة ٣/١٤ من قانون الإصلاح الزراعي من إسقاط الملكية من وزعت عليه
الأرض إذا لم يمين بزراعتها في خلال خمس سنوات من ترويع إبرام عقد التوزيع النهائي (قانون
منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ هامش ٢) . ويقرب من هاتين الحاليتين ما تقضي به
المادة ١١ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ من أنه لا يجوز إيقاع المساكن المدة
للاستغلال خالية مدة تزيد على ثلاثة أعم إذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالأجرة القانونية .
فهنا لا يؤول الملك إلى الدولة . ولكن المالك يجبر على إيجار ملكه (الوسيط ٦ فقرة ١٨٧) .
انظر في هذا المعنى حسن كبر فقرة ٥٢ ص ١٧٠ - ص ١٧٢ - محمد علي عرفة فقرة ١٦٠
ص ٢٠٠ - ص ٢٠١ - عبد الحليم البدواوي فقرة ١٣ ص ٢٣ - ص ٢٤ - محمد كامل
مري ١ فقرة ٢٠٣ ص ٢٧٢ .

(١) نقض فرنسي ١٢ يولييه سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٤١ - ١٠ مايو سنة
١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٣٤٦ - السين أول يونيو سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ .
ج. ٣٣٥٠ - مازو فقرة ١٣٤٩ ص ١١٠١ .
(٢) بلاتويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ - مارك وريغو فقرة ٤٩ -
قرة ٥٠ .

(٣) استئناف نسط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢٨ - ١٢ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨
ص ١٦٥ - ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٢ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٩١ -
٢٥ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٠ .

وانقضت مدة التقادم الطويلة أو القصيرة بحسب الأحوال ، فإن ملكية المال تزول عن المالك وتنتقل إلى واضح اليد . ولكن ذلك لا يعنى ، كما هو ظاهر ، أن الملكية زالت بالتقادم . ذلك أن زوال الملكية عن المالك الأصل لم يأت عن طريق فقده للملكية بالتقادم المسقط ، بل أتى عن طريق لتقادم المكسب فققد المالك الأصل حتى ملكيته . لأن غيره قد كسب هذا الحق . ولا يختلف المنقول عن العقار في شيء مما تقدم ، فكلاهما لا يزول بالتقادم المسقط ، وكلاهما يكسب بالتقادم المكسب^(١) . غير أن المنقول يختص بنحكم في هذا الصدد يتفرده به عن العقار ، نفقد نصت المادة ١/٨٧١ مدنى على أن « يصبح المنقول لا مالك له ، إذا تخلى عنه ماله بقصد الزول عن ملكيته » . فالتخلّى عن المنقول (abandon) يزول ملكيته ، ويصبح المنقول لا مالك له إلى أن يتملكه شخص آخر بطريق الاستيلاء . ولم يرد مثل هذا النص في العقار ، فالتخلّى إذن عن العقار (délaissement) ، كما إذا تخلّى الحائز للعقار الموهون عن العقار أو تخلّى من يقبل عقاره حتى عيني أو تكليف عيني لتتخلص من هذا الحق أو التكليف ، لا يفقد المالك ملكيته ، بل يبقى العقار على ملكه إلى أن يكسب الملكية أحد غيره بطريق من طرق كسب الملكية^(٢) .

(١) ويكسب للمنتقل بالحيازة بموجب القناعة التي تقتضى بأن الحيازة في المنقول منه الملكية ، إذا كان الحائز حسن النية ومنه سبب صحيح . فإن لم تتوافر هذه الشروط ، ملك الحائز المنقول بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة . أما إذا توافرت الشروط ، ولكن المنقول كان مسروقاً أو ضائعاً ، فإن المالك يستطيع أن يسترده من الحائز حسن النية في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ، بشرط أن يعيد الحائز الأمن الذى دفعه إذا كان قد اشترى للمنقول بحسن نية في سوق أو مزاد علنى أو اشتراه من يتجر في مثله (٩٧٧ مدنى) . ومدة ثلاث السنوات التي يجب أن يسترد المالك في خلالها المنقول من الحائز ليست مدة تقادم ، بل هي مهلة إسقاط (délai de déchéance) .

(٢) انظر في هذا المعنى حسن كيرة بقرة ٥٦١ ص ١٦٨ - ص ١٧٠ - وانظر عكس ذلك وأنه إذا تخلّى المالك عن العقار بقصد الزول عن ملكيته انتقلت الملكية إلى الدولة ، استناداً إلى المادة ١/٨٧٤ مدنى التي تقتضى بأن الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة ؛ إسماعيل غانم بقرة ٢٦ ص ٥٣ هامش ٤ - عبد المنعم فرج الصدة بقرة ١٢ - وانظر في فقد هذا الرأى الأخير ، وق أن المادة ١/٨٧٤ مدنى تتكلم عن طائفة معينة من العقارات هي الأراضي غير المزروعة ، أي الأراضي الصحراوية الخارجة عن الزمام وهي أراض لم تكن في وقت ما ملوكة لأي فرد : منصور مصطفى منصور بقرة ٧ ص ١٨ هامش ٢ .

ومهما يكن من أمر : فإن نخل مالك المنقول عنه وقده بملك ملكيه لا يفيد أن حق الملكية في المنقول حق غير دائم . فهو حق دائم إلى أن يزول عنه صاحبه ، والزول من الحق لا يصح أن يعتبر توقفا له^(١) .

أما في فرنسا ، فيقوم خلاف فيما إذا كانت دعوى الاستحقاق في المنقول تسقط بالتقادم^(٢) ، ولا شأن لنا بهذا الخلاف في مصر .

٣٣١ - المقتضى الثالث لدوام حق الملكية - الملكية لا يجوز أنه

تقترنه بأجل : وإذا كانت الملكية حقا دائما يبقى ما بقي الشيء المملوك على ما قدمنا : فالنتيجة المنطقية لذلك هي أنه لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل ، فاسخ أو واقف : وإلا كانت الملكية موقفة^(٣) . فإذا اشترى شخص مالا ، حدد في عقد الشراء أجلا فاسحا تنتهى ملكيته للشيء المبيع بانقضائه وتعود هذه الملكية للبائع بمجرد انقضاء الأجل ، فإن ذلك لا يجوز ، لأن ملكية المشتري تكون في هذه الحالة ملكية موقفة بالأجل الفاسخ . والذي يجوز هو أن يرتب المالك الأصلي على الشيء حق انتفاع لغيره مقترنا بأجل فاسخ ، فيبقى حق الانتفاع إلى أن ينقضى الأجل ، فإذا ما انقضى زال حق الانتفاع وعادت الملكية كاملة للمالك الأصلي . ولا شيء يمنع من ذلك : فإن حق الانتفاع حتى موقت بطبيعته ، ويجوز أن يمدد له أجل فاسخ ، وهو على كل حال لا يبد منقضى بموت صاحب حق الانتفاع . كذلك لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل واقف ، فلا يجوز أن يشتري شخص من آخر شيئا على ألا تنتقل ملكية الشيء إلى المشتري إلا بعد انقضاء أجل معين ، لأنه إذا اقترنت ملكية المشتري بأجل

(١) وقد قدمنا (انظر آتيا فقرة ٣٢٩ في الهامش) أن ترك المنقول ، إذا أبقي وجوده الفعل ، فإنه يزول وجود القانوني . فالملكية تزول بزوال الوجود القانوني لشيء المملوك ، وتبقى ببقاء وجوده القانوني . وعلى هذا المقتضى ينبغي فهم دوام حق الملكية ، ويستعنى في ذلك المقار والمقول . انظر عكس ذلك ، وأن ملكية المنقول تكون ملكية موقفة بسبب جهز ترك المنقول : إسماعيل غانم فقرة ٢٦ ص ٥٣ - ص ٥٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣ ص ٢٠ - حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٩ - ص ١٧٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٨ - ص ١٩ .

(٢) بلانجيل وريينو وهيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ - بلانجيل وريينو وهيكار ١

فقرة ٢٨٥١ - مارتق وريينو فقرة ٤٩ ص ٦٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٦١ .

واقف كانت ملكية البائع في هذه الحالة ملكية مؤقتة تنتهي بانقضاء الأجل الواقف . والذي يجوز هو أن يلتزم البائع بنقل الملكية إلى المشتري عند حلول أجل معين ، فيكون الالتزام بنقل الملكية . لاحق الملكية ذاته ، هو الموئجل . ولا تكون ملكية البائع في هذه الحالة ملكية مؤقتة ، وإنما هي ملكية دائمة يستطيع أن يتصرف فيها إلى مشتر آخر لتنتقل إليه ، ويكون البائع عند ذلك قد أحل بالزامه نحو المشتري الأول . ويلتزم بالتعويض لا بنقل الملكية : إلا إذا أمكن الطعن في التصرف الثاني بالدعوى البولصية .

وهذا المعنى الثالث للنوام حق الملكية . بخلاف المعنيين السابقين : ليس محل اتفاق لا في مصر^(١) ولا في فرنسا^(٢) . بل هناك من يقول بجواز أن تقرر الملكية بأجل فتكون ملكية مؤقتة (temporaire) .

ولكن الذي يدعونا إلى تأكيد هذا المعنى الثالث - عدم جواز اقتران الملكية بأجل - هو أن هذا المعنى ليس إلا نتيجة حتمية للقول بأن الملكية حق دائم . ويتناقض مع دوام حق الملكية أن تكون مقرنة بأجل^(٣) . ثم إن اقتران الملكية بأجل يتنافر تنافراً تاماً مع طبيعة الملكية ومع العناصر التي تشمل عليها . ويمكن أن نقرر ملكية مقرنة بأجل لمدة سنة مثلاً . فهذه الملكية المؤقتة لمدة

(١) انظر فيمن يقول بأن الملكية لا يجوز أن تقرر بأجل : شفيق شحاتة فقرة ١٢٢ ص ١٥١ هامش ١ - عبد المنعم البدراوي فقرة ١٣ ص ٢٥ - المزلت في الوسيط ٣ فقرة ٦١ ص ٩٦ - وانظر فيمن يقول بأن الملكية يجوز أن تقرر بأجل : إسماعيل غانم فقرة ٢٨ - عبد المنعم فرج السدة فقرة ١٥ - حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٤ - ص ١٦٨ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٦ ص ٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٢ - ص ٢٥ .

(٢) انظر فيمن يقول بأن الملكية لا يجوز أن تقرر بأجل : پلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٧٢٦ - فقرة ٢٧٢٧ - مازو فقرة ١٣٤٨ - وانظر فيمن يقول بأن الملكية يجوز أن تقرر بأجل : بيدان وفواران ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٣٠٤ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ .

(٣) والمقصود بالملكية المقرنة بأجل - وهي غير جائزة - أن تكون الملكية مؤقتة بمدة معينة إذا انقضت عادت الملكية من تلقاء نفسها - لا بسبب جديد - إلى المالك الأصلي . ولا يقال هنا إن الملكية قد انتقلت بمردتها إلى المالك الأصلي فتأيدت بانتقالها . لأن المراد من تأييد الملكية بانتقالها أن تكن الملكية قد انتقلت إلى الغير بسبب من الأسباب المعروفة لكسب الملكية ، وليس انقضاء الأجل من بينها (قارن حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٤ - ص ١٦٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٢) .

سنة تتنافر مع ما يشتمل عليه حق الملكية من عناصر . فمن أخص عناصر الملكية أنه يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه : بل وله أن يستهلكه وأن يتلفه ، ويتعين إذن أن تعطى هذه السلطات للمالك الشيء مدة سنة . فإذا تصرف هذا المالك في الشيء أو استهلكه أو أتلفه في خلال السنة التي يكون فيها مالكا . فكيف يمكن إذن تصور رجوع الملكية إلى صاحبها الأصلي بعد انقضاء السنة ! ليس أمامنا هنا إلا أحد طريقين : فإما أن نقول بعدم جواز التصرف أو الاستهلاك أو الإتلاف حتى يعود الشيء سليما إلى مالكة الأصلي بعد انقضاء السنة ، وفي هذه الحالة لا تكون الملكية الموقته في حقيقتها إلا حق انتفاع لا يجوز لصاحبه أن يتصرف في الرقبة أو أن يستهلك الشيء أو يتلفه . ويعود الشيء إلى صاحبه الأصلي بعد زوال حق الانتفاع أى بعد انقضاء السنة . وإما أن نقول بجواز التصرف والاستهلاك والإتلاف . وفي هذه الحالة لا تكون الملكية موقته . بل هي ملكية دائمة تصرف فيها صاحبها أو استهلك الشيء المملوك أو أتلفه . ومن ثم لا يعود الشيء إلى صاحبه الأصلي بعد انقضاء السنة . ولو أننا حللنا هذه الحالة الأخيرة تحليلا دقيقاً ، لتبين أن المالك لمدة سنة هو في الواقع من الأمر مالك ملكية دائمة . وقد وعد بإعادة الملكية إلى صاحبها الأصلي بعد انقضاء سنة . فإن قام بالوعد انتقلت الملكية إلى صاحبه الأصلي بعقد جديد . وإن أخل بالوعد لم يكن مسؤولاً إلا عن التعويض .

يتبين مما تقدم أن الملكية لا يجوز أن تقرن بأجل . والقائلون بجواز اقران الملكية بأجل يقدمون سنداً لقولهم الحجج الآتية^(١) .

(١) لا خلاف في أن الملكية قد تقرن بشرط فاسخ : فإذا تحقق الشرط يعد مدة معينة انفسخت الملكية وزالت بعد هذه المدة ، فتكون قبل ذلك ملكية موقته . ويظهر في وضوح ضعف هذه الحجة ، فالملكية المعلقة على شرط فاسخ ليست ملكية موقته . ذلك أنه من الحائز ألا يتحقق الشرط الفاسخ — بخلاف الأجل الفاسخ فلا بد من حلوله — فتكون الملكية في هذه الحالة دائمة . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن الملكية تنفسخ بأثر رجعي ، وتعتبر كأنها

(١) انظر في بعض هذه الحجج بلاكول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٢ ص ٢٢٢ - وفي تفهيم بعضها : بلاكول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٧٢٦ - فقرة ٢٧٢٧ - مازو فقرة ١٢٤٨ .

لم يتم أصلاً ، فلا تكون ملكية موقوفة ، والفرق واضح بين ملكية موقوفة وملكبة غير موجودة^(١) .

(٢) ويقال أيضاً إن هناك نوعاً من الملكية الموقوفة ، (هى الملكية الأدبية الفنية والصناعية ، فقد حدد لها القانون آجالاً معينة ، لا تتجاوز خمسين سنة بعد موت المالك . وظاهر أن هذه الحجة هى أيضاً لا تستقيم ، فقد قلنا أن الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية ليست بحقوق ملكبة ، وقلنا فى هذا المصدد : من أجل ذلك يجب أن ننفي عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية ، فالملكبة حتى امتثار مؤبد ، فى حين أن حق المؤلف أو المخترع حتى استغلال موقت^(٢) . وانتهينا إلى أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكبة ، بل هو حق عيني أصل يستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة ، وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي^(٣) .

(٣) ويقال كذلك إن هناك ملكبة موقوفة إذا حرر عقد بيع ابتدائي وحدد أجل معين لإمضاء عقد البيع النهائي وتسجيله ، فلكية البائع تلوم إلى انقضاء الأجل المعين وإمضاء العقد النهائي وتسجيله ، ومن ثم تكون ملكبة موقوفة . ويسهل الرد على هذه الحجة بأن عقد البيع الابتدائي غير المسجل لم يجرّد البائع من ملكيته ، بل أبقاها ملكبة دائمة مقترنة بالتزام بنقلها إلى المشتري عند حلول الأجل المعين ، فالأجل ليس هو الملكية ذاتها بل هو الالتزام بنقلها . ويقطع فى صحة ذلك ، وفى أن البائع ملكيته دائمة لا موقوفة فى خلال الأجل المعين ، أنه يستطيع أن يتصرف فى الشيء المبيع فى خلال الأجل ببيع مرة أخرى إلى مشتري ثانٍ ، وإذا سجل هذا المشتري الثانى قبل أن يسجل المشتري الأول ،

(١) ويلاحظ أن الملكية المطلقة على شرط فاسخ لا تعتبر ملكبة موقوفة ، لا لأن لتسحق الشرط أو لتنفذ أثر رجعي ، بل لأن الشرط أمر غير محقق الوقوع . فحتى لو لم يكن الشرط أثر رجعي ، فإن المالك تحت شرط فاسخ لا يمكن اختياره مالكا ملكبة موقوفة ، إذ يحل ألا يتسحق الشرط فحين ملكيته دائمة . والمنسوخ فى نظرنا هو أن تكون الملكية موقوفة على وجه التحقيق ، أما إذا كانت موقوفة على وجه الاحتمال فالخطر فى توقيت الملكية لا يقوم ، إذ يجب على المالك فى هذه الحالة الأخيرة أن يحافظ على العين حتى يستطيع ردها إل من يملكها فيها إذا انتهت ملكيته هو (قانون فتيق شحاتة ص ١٥٢ - ص ١٥٣ فى المباحث) .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٦٦ .

(٣) انظر آتفا فقرة ١٦٦ فى آخرها .

انتقلت الملكية إلى المشتري الثاني دون المشتري الأول . أما إذا لم يتصرف البائع مرة أخرى وأمضى عقد البيع النهائي وسجل هذا العقد ، سواء كان ذلك عند حلول الأجل المعين أو قبله أو بعده ، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري . فليست العبرة إذن بحلول الأجل ، بل بإمضاء العقد النهائي وتسجيل هذا العقد . ولو كانت ملكية البائع موقفة بالأجل تبقى ببقائه وتزول بزواله ، لكان مجرد حلول الأجل سبباً في نقل الملكية إلى المشتري ، دون حاجة إلى إمضاء العقد النهائي وتسجيله^(١) .

(٤) ويقال أخيراً إن هناك ملكية موقفة في الصورة الآتية : يأذن المؤجر للمستأجر في إقامة مبان في العين المؤجرة ، على أن تكون هذه المباني عند نهاية الإيجار ملكاً للمؤجر ، في مقابل تعويض أو بلا تعويض . فتكون ملكية المستأجر للمباني ملكية موقفة تبقى مدة الإيجار . فإذا انقضت هذه المدة آلت ملكية المباني إلى المؤجر . وهذا تحليل غير سليم للوضع الفرض . والصحيح أنه مادام من المؤكد أن ملكية المباني تكون للمؤجر ، سواء كان ذلك في مقابل تعويض أو بلا تعويض . فإن المؤجر يعتبر منذ إقامة المباني مالكا لها في الحال ، وتبقى ملكيته دائمة في خلال مدة الإيجار وبعد انقضاء هذه المدة . أما المستأجر فليست له على المباني لا ملكية دائمة ولا ملكية موقفة ، بل هو غير مالك أصلاً . وإنما يكون له حق الانتفاع بالمباني كما ينتفع بالعين المؤجرة ، وذلك بموجب عقد الإيجار . وما ورد فيه من الشروط في خصوص المباني . وعلى المؤجر ، وقد ملك المباني فور إقامتها ، أن يدفع تعويضاً للمستأجر عند نهاية الإيجار إذا اشترط المستأجر عليه ذلك ، وإلا فلا تعويض . وقد سبق أن قررنا ذلك في الجزء السادس من الوسيط في خصوص عقد الإيجار ، فنلاحظ في هذا المعنى ما يأتي : « في الحالة الأولى - البناء أو الفراس - في حقها في الأرض ملكاً للمؤجر - يكون هذا البناء أو الفراس ملكاً للمؤجر من وقت إنشائه ، ولا يكون للمستأجر بالنسبة إليه إلا حق شخصي يحوله الانتفاع به انتفاعه بالعين المؤجرة نفسها . ويكون البناء أو الفراس عقاراً واحداً مملوكاً لشخص واحد هو المؤجر ، فله أن يرهنه رهناً رسمياً ، وإذا باعه وجب

(١) انظر في هذا المعنى ما زود ققرة ١٢٩٤ - وانظر بودوي وشولوفو ققرة ٢٢٩ ص ١٧٥ .

للتسجيل ، وإذا توقع عليه حجز كان حجزاً عقارياً لا حجز منقول ، والمؤجر هو الذى يدفع الضريبة المفروضة عليه^(١) . ويرتب على ما قدمناه أن المستأجر لا ينضع بالمباني التى أقامها فى العين المؤجرة إلا انتفاعه بالعين المؤجرة ذاتها ، ولا يكون له عليها حق ملكية كما قدمنا . فإذا لم يحافظ المستأجر على المباني ويبدل فى ذلك عناية الرجل المعتاد ، كان مسئولاً عن تقصيره أو عمله غير المشروع تجاه المؤجر ومن عسى أن تنقل إليه الملكية من المؤجر من خلف خاص كمشترٍ أو خلف عام كوارث . وتأييداً لذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوباً فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر فى الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشاءات يكون ملكاً للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع ، فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري ، وتبعا لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بطلب الأعيان^(٢) .

(١) الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٦٢٧ - ص ٦٢٨ - وانظر استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥١٢ .

(٢) نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦ ص ٨٣ . وقد فرضنا فى الحالة التى نحن بصددها أن البناء يكون مصيره حياً البقاء فى الأرض ملكاً للمؤجر . أما ما يفرضه أفسار جواز اقتران الملكية بالأجل (انظر إسماعيل غانم فقرة ٢٨ ص ٥٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥ ص ٢٣ - حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٨ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٦ ص ٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٥) فعالة أخرى ، ليست الملكية فيها مقترنة بأجل ، بل هى ملققة على شرط . فهم يفرضون أن المؤجر اتفق مع المستأجر على أنه إذا ظل البناء قائماً عند انتهاء الإيجار لم يدهم المستأجر ، فإن ملكيته تقول للمؤجر فى مقابل تمويض . ومعنى ذلك أن الخيار يكون للمستأجر ، إن شاء هدم البناء قبل انتهاء الإيجار ، وإن شاء أبقاه إلى نهاية الإيجار فتقول ملكيته عندئذ للمؤجر فى مقابل تمويض . فيكون المؤجر فى هذه الحالة ، طول مدة الإيجار ، مالكاً تحت شرط واقف ، هو ألا يهدم المستأجر البناء قبل نهاية الإيجار . فإذا تحقق للشرط ولم يهدم المستأجر البناء ، اعتبر المؤجر مالكا له بأمر رجعي من وقت إقامته فى العين المؤجرة ويدفع للمؤجر المتفق عليه . فلا توجد إذن ملكية مؤقتة فى هذه الحالة ، بل هى ملكية ملققة على شرط واقف بالنسبة إلى المؤجر ، وملققة على شرط فاسخ بالنسبة إلى المستأجر . والملكية الملققة على شرط تجوز كما قدمنا ، وذلك بخلاف الملكية المقترنة بأجل فهى لا تجوز . انظر الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩ .

ولما كان البناء يمد عقاراً مدة . فى الأرض يملكه المستأجر ملكية ملققة على شرط فاسخ ، فقد قضت المادة ١٠٢٨ مدني . لملك المباني القائمة على أرض الغير - وهو المستأجر -

الفرع الثاني

الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية (*)

٣٣٣ — ما ورد في الأعمال التحضيرية في شأن الوظيفة الاجتماعية

لحق الملكية : نذكر هنا ما ورد في الأعمال التحضيرية دالاً على أن التقنين

— في حالتنا — أن يرهبها ، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا حدث المياني ، ومن التحويل الذي يذهب مالك الأرض إذا استبق المياني . فالمستأجر حدم البناء إما يرهن ملكية معلقة على شرط فاسخ ، لا ملكية مقررة بأجل . وإذا اختار المستأجر عدم البناء صار للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض ، أما إذا اختار بقاء البناء فإن ملكيته تنزل إلى الجبر في مقابل تمويل ، ويجل هذا التمويل محل التنا ، حلولاً عينياً ومن ثم يستوفى الدائن المرتهن حقه منه متقدماً على غيره من الدائنين . قارن في الرأي الخالف : عبد المنعم فريج السدة فقرة ١٥ ص ٢٣ - ٢٤ - منصور مصطفي منصور فقرة ٧ ص ٢٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٦ ص ٧٦ حاش ١ و ٢ . وانظر أيضاً حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٨ (وهو يعلم بأن ملكية المستأجر في الحالة التي نحن بصدها ملكية مقررة بأجل ، ولكنه يلعب إلى أن هنا التوقيت ولا يتنصص في قليل أو كثير من صفة الدوام اللازمة لحق الملكية ، ويجري على القاعدة التي يقول بها من أن الملكية المقررة بأجل هي ملكية دائمة) . وقارن ثمس الدين الوكيل في نظرية التأسيسات الطبقة الثانية فقرة ٤٨ (وهو ، في عدد الكلام في رهن المياني المغارة على أرض الغير وحكم المادة ١٠٣٨ مدني ، يبدو أنه يعتبر أن ملكية المستأجر للمياني هي ملكية مؤقتة ، لكنه لا يبين ما إذا كانت هذه الملكية مقررة بأجل أو معلقة على شرط) .

(د) مراجع : **Landry** في القائدة الاجتماعية للسلطة الفردية سنة ١٩٠١ - **Duguit** في الحق الاجتماعي والحق الفردي طبعة ثانية سنة ١٩١١ ص ١٧ وما بعدها - في التغيرات العامة لقانون الخاص منذ تقنين ناپليون سنة ١٩١٢ - **Francoed Rothe** في وجود الملكية سنة ١٩٢٠ - **Renard et Trotabas** في الوظيفة الاجتماعية للسلطة الخامسة سنة ١٩٢٠ - **Cornil** في المسألة القانونية للسلطة الخامسة سنة ١٩٣١ - **Coste-Floret** في الطبيعة القانونية لحق الملكية وفقاً للتقنين المدني ومنذ التقنين المدني رسالة من مونجليه سنة ١٩٣٥ - **Mounier** من الملكية الفرنسية إلى الملكية الإنسانية سنة ١٩٣٦ - **Vizioz** في الأشخاص والملكيات سنة ١٩٣٩ - **Jousserand** في تشكل **(configuration)** حق الملكية في النظام القانوني الجديد (ضمن دراسات **Sugyama** سنة ١٩٤٠ ص ٩٥ وما بعدها) - **Donard** في الملكية في الفقه وفي التاريخ سنة ١٩٤٢ - **Roussat** في تطور حق الملكية (ضمن دراسات هنري كاهيتان سنة ١٩٤٥ ص ٤٥ وما بعدها) - **Salleron** ست دراسات في الملكية الجماعية سنة ١٩٤٧ - **Savatie** من القانون المدني إلى القانون العام سنة ١٩٥٠ ص ٤٠ وما بعدها - **Jansse** في الملكية ونظام الأموال في الحضارات الغربية سنة ١٩٥٢ - **Challege** في تاريخ الملكية سنة ١٩٥١ - **Ferretjans** في فكرة الملكية الاجتماعية سنة ١٩٦٢ .

المدنى الحالى ، فى إيرادها الأحكام الخاصة بحق الملكية ، أقام هذا الحق على أساس أن له وظيفة اجتماعية يجب على المالك أن يؤديها .

فى المادة ٨٠٢ مدنى التى سبق إيرادها^(١) ، كان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « لملك الشيء » ، مادام ملتزماً بحدود القانون ، أن يستعمله ، وأن يتنفع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه المادة ما يأتى : « جمع هذا التعريف عناصر الملكية الثلاثة ، وهى حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف ، وتوفى أن يصف الملكية بأنها حق مطلق كما فعل التقنين الحالى (السابق) م ١١ فقرة ٢٧/١ . بل صرح بأن الملكية وظيفة اجتماعية ، كما فعل المشروع الإبطال (وقد أصبح منذ عهد قريب التقنين الإبطالى الجديد... م ٣ » .

وجاء أيضاً فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى النظرة العامة لحق الملكية ، ما يأتى :

« لم يطلع المشروع على حق الملكية هذه الصفة المطلقة التى نص عليها التقنين الحالى (السابق) ، بل نبذها إلى فكرة أخرى هى الآن الفكرة المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تطور حق الملكية : فليس هذا الحق مطلقاً لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطالب إلى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون مادام يفعل ، أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقاً لحايته . ويترتب على ذلك تقييدان :

١- حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هى التى تقدم ، فإذ يبنى أن تقف الملكية حجر عثرة فى سبيل تحقيق المصلحة العامة ، ولا يدخل هذا فى وظيفتها الاجتماعية . مثل ذلك ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحته إلى الحد الذى يصلح للاستعمال علواً أو عمقا ، غير أنه ليس

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ١٤ .

المالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو والعمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه . فلو اقتضت المصلحة العامة أن تقوم الدولة بأعمال فوق سطح الأرض أو تحتها لا تسبب للمالك ضرراً ، فليس له أن يحول دون هذه الأعمال بدعوى أن حرمة ملكيته قد خرقت . مثل ذلك أيضاً أنه يجوز أن يحرم المالك من ملكه للمصلحة العامة في مقابل تعويض يدفع إليه مقدماً . ومثل ذلك أخيراً أنه يجب على المالك أن يراعى ما تقتضيه القوانين والمراسيم والوائح المتعلقة بالمصلحة العامة .

« ب - حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم ، بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً . وهنا نجد التقييد الذي يرد على حق الملكية قد تقرر ، لا للمصلحة العامة ، بل للمصلحة الخاصة . وهذه هي النزعة الحديثة التي جاراها المشروع ، ويظهر أثرها في أمرين :

« ١ - يطلب من المالك أن يتنعم عن استعمال حقه فيما يضر الغير ضرراً غير مشروع ، والذي يطلب هنا هو عمل سلبى . وتطبيقاً لذلك يجب على المالك ألا يفلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ، والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المأوفاة . وتطبيق ذلك أيضاً ما أوجبه القانون على صاحب الحائط وصاحب العلو من الالتزامات السلبية لمصلحة جاره . »

« ٢ - يجوز للغير أن يتدخل في انتفاع المالك بملكه لمصلحة خاصة ، هي أولى بالرعاية من مصلحة المالك . وهنا تنتقل من الدائرة السلبية ، وهي مجرد امتناع المالك عن القيام بعمل معين ، إلى الدائرة الإيجابية ، وهي قيام الغير بأعمال معينة تعارض مع حق المالك أو إجبار المالك على القيام بأعمال معينة . وتطبيقاً لذلك يجز المشروع للملاك المجاورين أن يستعملوا المسافة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاج إليه أراضيتهم من رى أو صرف ، ويعطى حق الجبرى وحق المسيل ، كما يعطى حق المرور ويتوسع فيه ، وفي الملكية الشائعة يحضى المشروع الأغلبية من الشركاء ضد تعنت الأقلية ، ويلذهب في ذلك إلى حد بعيد حتى ليجز للأغلبية أن تنصرف في المال الشائع جميعه رغم معارضة الأقلية ، إذا استندت في ذلك إلى أسباب قوية وكانت قسمة المال الشائع ضارة

بمصالح الشركاء . وكذلك الحال إذا أهدم السفل ، فإن لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادة بنائه ، وعلى صاحب السفل أن يقوم بالأعمال اللازمة لحفظه . وفي هذه الحالة الأخيرة نرى المالك يجبر على القيام بأعمال معينة ، وهذا هو أبلغ مظاهر التدخل في حق الملكية^(١) .

وجاء في محضر الجلسة السادسة والثلاثين من لجنة مجلس الشيوخ في خصوص المادة ٨٠٢ مدني ، ما يأتي : « فتليت المادة ... وقام عليها اعتراض من ... من ناحية التعبير فيها بأن حق الملكية وظيفة اجتماعية ، وقال .. إن في هذا التعبير تصويراً للمذهب فلسفي . فرد ... على هذا الاعتراض بأن هذه الصفة هي المتغلبة في التقنيات الجديدة ، وهي التي تمثل النزعة الحديثة في تصور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقاً لاحد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقاً لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان : (١) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هي التي تقدم . (٢) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك . فإن هذه المصلحة هي التي تقدم بعد أن يعوض المالك تعويضاً عادلاً^(٢) . وقد قررت اللجنة على أثر ذلك الموافقة على المادة ، على أن تعود إليها للنظر في هذا التعبير الجديد .

ثم جاء في محضر الجلسة الثانية والخمسين لنفس اللجنة (لجنة مجلس الشيوخ) ما يأتي : « تليت المادة ... : ورأت اللجنة حذف عبارة « على أن يكون ذلك متفقاً مع المصلحة الاجتماعية من وظيفة اجتماعية ، لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية . وإن في التطبيقات التي أوردها المشرع ما يفني عنها^(٣) .

ويتبين مما نقلناه عن مجموعة الأعمال التحضيرية أن التقنين المدني الحالي قد جعل للملكية وظيفة اجتماعية تقوم بها ، وقد ظهر ذلك ظهوراً واضحاً في كثير من الأحكام والتطبيقات التي أوردها . بل هو قد صرح بالوظيفة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠ - ص ١٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥ .

الاجتماعية التي لحق الملكية في المشروع التمهيدى ، وإذا كانت هذه العبارة الصريحة قد حذفت في لجنة مجلس الشيوخ - فلم يكن ذلك عدولاً عما قرره المشروع التمهيدى في هذا الشأن ، بل لأن اللجنة قدرأت هذا التعبير « أشكل بالإيضاحات الفقهية » ، ونوهت بأن « في التطبيقات التي أوردتها المشروع ما يغنى عنها » .

على أنه إذا كان قد ورد في المناقشات والعبارات التي أوردناها في هذا الصدد أن « الملكية وظيفة اجتماعية » ، فليس المقصود من ذلك تقرير أن الملكية ليست إلا وظيفة اجتماعية . فهي وظيفة اجتماعية (fonction sociale) . وحق ذاتي أو فردى (droit subjectif, individuel) ، في وقت معاً . وإنما أريد إبراز الوظيفة الاجتماعية التي لحق الملكية ، لأنها هي الشيء الجديد الذي أتى به التقنين المدنى الحالي مخالفاً في ذلك التقنين المدنى السابق^(١) . فالملكية إذن حق ذاتي ، ولها وظيفة اجتماعية^(٢) . وهذا ما نتولى بيانه في

(١) وبنيه كثير من الفقهاء إلى أن الملكية ليست وظيفة اجتماعية ، بل إن لها وظيفة اجتماعية . فيقول كولان وكايتان دى لاموراندير في هذا المعنى : « ليست الملكية وظيفة اجتماعية . بل إن لها وظيفة اجتماعية تقوم بها » (جزء أول فقرة ٩٦١ ص ٧٧٣) . وانظر أيضاً في هذا المعنى پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١ - Nerson في أنسيكلوبيدى دالغوز ؛ لفظ **propriété** فقرة ٣ ص ٢٨١ - پلانيول وريبير وبولاقيه ١ فقرة ٢٧٠٥ - ريبر في اضمحلال القانون سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٢ . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور : « إلا أنه يجب ألا نذهب إلى حد القول إن الملكية أصبحت الآن وظيفة اجتماعية ، كما يقول البعض . فإذا جاز هذا التعبير في لغة المصلحين الاجتماعيين ورجال السياسة ، فيحسن تجنبه في لغة القانون ، إذ يتضمن وصف الملكية بأنها وظيفة إنكاراً لفكرة الحق ذاتها . إن مركز المالك يختلف اختلافاً جوهرياً عن مركز الموظف ، فالملك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الخاصة ، أما مصلحة الجماعة فتتحقق بطريق غير مباشر . أما الموظف ، فيباشر السلطات التي تدعى في اختصاصه لحساب الجماعة ولتحقيق مصلحة الجماعة بطريق مباشر . ولهذا فالتعبير الصحيح أن يقال إن الملكية وظيفة اجتماعية » (منصور مصطفى منصور فقرة ٦ ص ١٤ - ص ١٥) .

(٢) ولذلك كان المشروع التمهيدى لا يذكر أن الملكية وظيفة اجتماعية ، بل يشير إلى « ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » (انظر آنفا ص ٥٤٦) . فالملكية إذن لها جانبان ، جانب فردى وجانب اجتماعى ، ولا يكتفى لنا فهم الملكية فهماً صحيحاً إلا إذا اعتبرنا كلا من الجانبين (انظر في هذا المعنى Rouast في نظور حق الملكية ، ضمن دراسات جماعة هنرى كايتان جزء أول سنة ١٩٤٥ ص ٤٥ وما بعدها) .

مبحث أول ، وفي المبحث الثاني نميز بين مناطق مختلفة في حق الملكية فليست مناطق الملكية سواء فيما يقوم به هذا الحق من وظيفة اجتماعية .

المبحث الأول

الملكية حق ذاتي ولها وظيفة اجتماعية

§ ١ - الملكية حق ذاتي

٣٣٣ - الملكية هي ذاتي في عناصره وخصائصه : الملكية حق ذاتي كسائر الحقوق ، بل هي أكثر الحقوق عناصر ، وأشملها خصائص . فالملكية حق ذاتي في عناصره . وقد قلنا أن المالك له سلطة ذاتية على الشيء الذي يملكه ، وسلطته على الشيء هي أوسع السلطات . فله أن يستعمل الشيء في شؤونه الخاصة ، ويستعمله على الوجه الذي يقدر أنه نافع له . وله أن يستقل الشيء لإرضاء لمصالحه الشخصية ، ووفاء بمحاجاته الذاتية . وله أن يتصرف في الشيء بجميع أنواع التصرفات ، فله أن ينقل ملكيته إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وله أن يرتب حقوقا متنوعة على الشيء ، من حق انتفاع إلى حق ارتفاق إلى حق رهن إلى غير ذلك من الحقوق . وله أن يغير من معالم الشيء ، وأن يزيد عليه ، وأن ينقص منه ، بل له أن يهلكه وأن يتلفه وأن يعدمه . كل ذلك سعيا وراء مصالحه الشخصية ، ووفاء بمحاجاته الخاصة . فالملكية إذن ، كسائر الحقوق ، حق ذاتي من حيث عناصره ، بل هو أكثر الحقوق الذاتية عناصر كما سبق القول .

والملكية حق ذاتي في خصائصه . وقد قلنا أن الملكية حق جامع ، فيجمع المالك في يده جميع السلطات على الشيء على النحو الذي رأيناه . ومن المالك تستمد كل سلطة على الشيء ، وما لم يثبت أجنبي أنه استمد سلطة معينة بموجب إرادة المالك أو بموجب حكم القانون ، فهذه السلطة للمالك لا لأحد غيره . وقدلنا أن الملكية حق مانع ، فيستأثر المالك بالشيء وحده ، وليس لأحد أن يشاركه فيه . وهذه الذاتية في حق الملكية تعتبر من مقوماته ، وخصائصه البارزة . فإذا كان الشيء المملوك أرضا فضاء ، كان **للمالك** أن

يسورها وأن يمنع دخول الغير فيها : حتى لو لم يصبه من دخول الغير ضرر . ولا يجوز لأحد أن يشارك المالك بغير إذنه في استعمال الشيء ، أو في استغلاله ، أو في التصرف فيه^(١) . والملكية أخيراً حق دائم . وتتميز الملكية بالدوام عن أى حق ذاتي آخر ، فكل حق - عينا كان أو شخصيا - هو حق مؤقت أو يمكن أن يكون مؤقتا ، وذلك فيما عدا حق الملكية فإنه يدوم مادام الشيء المملوك . وهذا وحده كاف لطبيع الملكية بطابع ذاتي ، إذ يستطيع المالك ، ومن بعده خلفاؤه ، أن يستأثروا بالشيء المملوك . ويقتون مستأثرين به ، إلى أن يهلك الشيء أو يتلف . ومن ثم كانت دعوى الاستحقاق غير قابلة للسقوط بالتقادم ، وكذلك لا يجوز أن تفتن الملكية بأجل . وقد سبق بيان ذلك :

٣٣٤ - الملكية هي ذاتي في نظامه : ونطاق الملكية يتسع ، حتى يشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . وإذا كانت الملكية كما قلنا أكثر الحقوق الذاتية عناصر وأشملها خصائص ، فهي أيضاً أوسعها نطاقا . ولا تقتصر على هذا القدر من العلو والعمق ، بل هي أيضاً تتناول مع الشيء المملوك كل ما ينتج هذا الشيء من ثمار ومنتجات كما سرى . بل إن مالك الأرض يملك بالاتصاق كل ما اتصل بها من مباني وغراس ، ويستأثر إلى أوسع مدى يحقه الذاتي في ملكه .

وهكذا يمتد حق المالك ، فيتناول الأرض في سطحها طولا وعرضا ، وفي حيزها علوا وعمقا ، ويشمل كل ما يتصل بالأرض من ملحقات ، وما تخرجه من ثمار ومنتجات . وهذا أقصى ما يصل إليه الحق في اتساع نطاقه .

٣٣٥ - الملكية هي ذاتي في حمايته : ويحمي القانون المالك حماية شاملة ، فيمنع الغير من الاعتداء على ملكه ، ويضع في يده سلاحا قويا في دعوى الاستحقاق يسترد بموجبها ملكه من تحت يد أى حائز لها ، غاصبا كان أو غير غاصب .

ولا يجوز نزع الملكية جبراً على صاحبها إلا بشروط ، أهمها أن يقوم مبرر قانوني لذلك ، وأن يعرض المالك مقبلاً عن ملكه . وسنبسط كل ذلك تفصيلاً فيما سيأتي .

(١) أوبري ودو ٢ فقرة ١٩١ ص ٢٥٦ .

٣٣٦ - الملكية الذاتية ثمرة العمل وجزاؤه الحق : وإذا كان المالك متأثر بما يملكه ، ويمحوه لمصلحته الخاصة وللوفاء بمطالبته الشخصية ، فما ذلك إلا لأنه في الأصل قد بذل جهوداً في العمل ، وكانت الملكية هي ثمرة هذه الجهود ، والأجر على هذا العمل . ومتى ثبتت الملكية لصاحبها ، وجب أن تثبت له بجميع عناصرها من استعمال واستغلال وتصرف ، وبجميع خصائصها فتكون جامعة مانعة دائماً .

فلذلك إذن أن يتصرف في الشيء حال حياته ، وينقل الشيء إلى ورثته بعد وفاته . وإذا كان يبدو أن الوارث لم يبذل جهداً في تملكه للشيء الموروث ، فإن الميراث ينظر إليه لا على أنه جزاء للوارث ، بل هو جزاء للمورث . ذلك أن المورث إذا كان لم يتصرف في الشيء وهو حي وهذا حقّه ، فإنه أراد بذلك أن ينقل الشيء إلى وارثه بعد وفاته وهذا حقّه أيضاً ، بل هذا هو جزاؤه على عمله . ولا ضير من أن ينقل الشيء إلى وارث قد لا يستحقه ، فإن هذا الوارث إذا كان حسن التدبير فإنه لا يلبث أن يضيع ما ورثه . وفي بعض الحالات تكون الورثة ، وبخاصة الزوجة والأولاد ، قد ساهموا في الجهود التي بذلها للمورث في الحصول على ملكه .

فالملكية الذاتية إذن هي ثمرة العمل ، وهي جزاؤه الحق^(١) .

٣٣٧ - الملكية الذاتية أقوى مافز على العمل وغير ضماؤه المستعمل

الشمعي : ولا يجوز الاقتصار في النظر إلى الملكية الذاتية على أنها جزاء ، فهي ، قبل أن تكون جزاء على العمل ، أقوى حافظ عليه . ذلك أن الإنسان بطبعه قد ركب فيه من حب الذات ما يجعله أقوى ما يكون نشاطاً وإقبالاً على العمل عندما يعلم أن لعمله جزاء يستأثر به لنفسه ، ولا يشاركه فيه غيره . وليس الأمر هنا أمر مملوك يمدح أو يذم ، بل هو أمر الواقع المشاهد ، وليس لنا بد من استخلاص نتائجه . فالنشاط الفردي ، وهو من الأسس القوية التي

(١) انظر مازر فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٤ .

يقوم عليها المجتمع ، لا بد له من حافز ، وأقوى حافز له هي المصلحة المادية .
وأبرز صور المصلحة المادية هي الملكية الذاتية .

ثم إن الملكية الذاتية لا تقتصر على أن تكون أقوى حافز على العمل ، بل هي أيضاً خير ضمان للاستقلال الشخصي . فمن لا يملك شيئاً يفقد استقلاله ، ويكون عبداً لمن يملك . ومهمة الدولة ليست في أن تلغي الملكية الذاتية وتكون هي المالكة لكل شيء فيصبح الناس جميعاً عبيداً لها ، بل مهمتها على العكس من ذلك هي أن تجعل الملكية الذاتية في متناول كل من يعمل . فتكون الملكية الذاتية أفضل جزاء على العمل ، وأقوى حافز عليه ، وخير ضمان للاستقلال والحرية^(١) .

٢٥ - للملكية وظيفة اجتماعية

٣٣٨ - الأساس الذي تقوم عليه الوظيفة الاجتماعية للملكية : وإذا كان حق الملكية حقاً ذاتياً على النحو الذي بسطناه ، فإن لهذا الحق وظيفة اجتماعية يجب أن يقوم بها . وقد وقف الفيلسوف المحدث الفرنسي في سنة ١٨٠٤ عند ذاتية حق الملكية ، وأغفل كثيراً من مظاهر الوظيفة الاجتماعية التي لهذا الحق . ولكن المذاهب الاشتراكية التي بدأت تنتشر طوال القرن التاسع عشر ،

(١) وتقول الأستاذة مازو ، في هذا المعنى : « الملكية الذاتية هي التي يقو عليها استقلال الإنسان وحيته . فمن لا يملك شيئاً لنفسه يكون قابلاً تامة للآخرين ، ويصبح من « البروليتاريا » ، مستعبداً للدولة إذا كانت الدولة هي التي تملك كل شيء ، أو مستعبداً لمن يملكون إذا كان هؤلاء هم الذين يستمرون على الثروة . فمن الضروري إذن أن يستطيع كل فرد الحصول على مال يكون له وحده ، وشيوعية المال ، إذ تحرم الإنسان من ذلك ، وتحوله إلى عبدة للدولة . ومن هنا ندرك أن ديباجة الدستور الصادر في ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ (الدستور الفرنسي) تحمل على « إعلان حقوق الإنسان » الصادر في سنة ١٧٨٩ ، وهذا الإعلان يقرر حرمة الملكية الذاتية . ونذكر كذلك أن « الإعلان العالمي لحقوق الإنسان » الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ يقول في المادة ١٧ منه : « كل شخص ، سواء كان وحده أو بين الجماعة ، له الحق في أن يملك ، ولا يجوز حرمان أحد من ملكه تحكماً وانتقاماً ... والملكية الذاتية هي التكفل ، في ميدان النشاط الاقتصادي ، بأجود ما يكون من الإنتاج . ولا يجب الإنسان نشاطه كاملاً لعمل إلا ليكتفل بنفسه ، وليكتفل بالأخص لأولاده من بعده ، قدر ما من الثروة يكون من شأنه الارتفاع بمستوى معيشته . وإن نجد ، في أي نظام من نظم التفسير في العمل ، بديلاً من هذا الحافز للنشاط الإنسان » (مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٤) .

وأخذت تنفذ إلى صميم النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية ، ووصلت إلى الأوج من انتشارها في القرن العشرين ، ما لبثت أن أبرزت جانب الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، وكان ذلك بطبيعة الحال على حساب جانب الذاتية في هذا الحق .

ولا شك في أن الملكية حق ذاتي وحق اجتماعي في وقت واحد . أما أنها حق ذاتي ، فقد تقدم القول في ذلك ، وأما أنها حق اجتماعي فينبهض أساسا لذلك أمران : (١) مبدأ التضامن الاجتماعي ، فإن هذا المبدأ يقضى بوجود التعاون في المجتمع . والملكية من أهم الدعام التي يقوم عليها هذا التعاون ، فالمالك يجب أن يعتبر نفسه ، كما هو الواقع ، عضواً في المجتمع الذي يعيش فيه ، يأخذ منه ويعطي . (٢) على أن المالك ، إذا كان قد كسب ملكه بعمله كما سبق القول : مدين أيضاً للمجتمع بما كسب . فليس عمله وحده هو الذي أكسبه الملك ، بل إن المجتمع ساهم مساهمة ملحوظة في جهود المالك حتى يحصل هذا على ما أصبح مالكا له . ومساهمة المجتمع في جهود المالك هي على نفس مستوى مساهمة الأسرة أولعها تزيد ، فإذا كانت مساهمة الأسرة هي أحد مبررات الميراث ، فلا شك في أن مساهمة المجتمع تبرر هي الأخرى أن تكون للملكية وظيفة اجتماعية (١) .

(١) وقد كان الأستاذ Duguit هو الذي صاغ نظرية الملكية كوظيفة اجتماعية فوضها الحديث (كاربونييه ص ٨٧) . ففي كتابه في الاتجاهات العامة في القانون الخاص منذ تقنين ناهليون ، قرر أن الملكية ليست حقاً بل هي وظيفة اجتماعية ، وعلى المالك أن يقوم بالوظيفة الاجتماعية التي لحق الملكية ، وإلا فإن القانون لا يصحبه . وتشتمل وظيفة الملكية على عنصرين : العنصر الأول هو ما على المالك من واجب وما له من سلطة ، في استئصال ملكه لوفاء بواجباته الخاصة ، فيوسع من مجالات نشاطه الذاتي والمعنوي . والعنصر الثاني هو ما على المالك من واجب وما له من سلطة في استئصال ملكه لوفاء بواجبات المجتمع ، فيساهم في تقدم الجماعة . انظر أيضاً في هذا الصدد محمد علي حرة فقرة ١٥٠ ص ١٨٧ - ص ١٨٨ .

وتقول الأستاذة مازو في هذا المعنى : « إذا كان حق الملكية يجب أن يكون ذاتياً ، فإن استئصاله يجب أن يكون اجتماعياً . ومعنى ذلك أن على المالك أن يقيم في اعتباره وزناً لمصالح الغير ، ويستطيع المشرع أن يرضه على أن يفعل إذا كان قد نسي . وهذا هو الذي يبرر القيود التي تحد من إطلاق حق الملكية ، ويبرر فرض الضرائب على الإيراد وعلى رأس المال . والضرائب هي نصيب الجماعة يعود إليها ، وهي المساهمة الإجبارية في الأعمال التي تدخل في دائرة المصلحة العامة » (مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٥) .

ومقتضى أن تكون للملكية وظيفة اجتماعية هو أن يفيد حق الملكية .
لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضاً للمصلحة الخاصة .

٣٣٩ - تفسير من الملكية للمصلحة العامة : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى كما رأينا^(١) : « حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هي التى تقدم ، فإى ينهى أن تقف الملكية حجر عثرة فى سبيل تحقيق المصلحة العامة . ولا يدخل هذا فى وظيفتها الاجتماعية » . وقد رأينا^(٢) أن نطاق الملكية يتسع حتى يشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحته . وليس معنى ذلك أن مالك الأرض يسوغ له أن يمنع أى عمل يقام به للمصلحة العامة فوق سطح الأرض أو تحته ، كمرور الأسلاك المعلقة للمواصلات التلفزيونية أو التلفونية أو المعلقة للإضاءة أو لنقل القوى الكهربائية ومواسير المياه والغاز (انظر القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٩) . وبوجه عام ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٠٣ مدنى على أنه ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحته إلى الحد المفيد فى التمتع بها علواً أو عمقا . أما المناجم التى توجد تحت الأرض فهى مملوكة للدولة لا لصاحب الأرض ، وقد نظم أحكامها قانون خاص سيأتى بيانه .

وقد تصل المصلحة العامة فى التعارض مع حق المالك إلى حد أن تلغى هذا الحق . وقد أجاز القانون فعلا نزع الملكية للمنفعة العامة بشروط وقيود سيأتى بيانها .

كذلك قد تقتضى المصلحة العامة تأميم الملك ونقله إلى الدولة : كما وقع ذلك فى شأن البنوك وشركات التأمين والشركات الصناعية ، فلا يجوز أن ينفذ حق الملكية حاللاً دون ذلك .

ثم إن هناك كثيراً من القيود ترد على حق الملكية . قررتها القوانين واللوائح لمصلحة عامة اقتضتها . وقد فرضت المادة ٨٠٦ مدنى « على المالك أن يراعى فى استعماله حقه ما تقتضى به القوانين والمراسم واللوائح المتعلقة بالمصلحة

(١) انظر آتفا فقرة ٢٢٢ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٢٢٤ .

العامة ٤٠٠٠ . ومن أهم هذه القيود حقوق الارتفاق الإدارية ، كحقوق التطرق المتعلقة بالشوارع وهي الارتفاقات التي يتحمل بها الملاك الذين توجد أملاكهم على جانبي الطريق العام كتنظيف خط التنظيم وعدم البناء من غير رخصة أو هدم الأبنية المحتلة أو الآيلة للسقوط ، والحقوق المتعلقة بمجارى المياه كحق الحكومة في قلع الأشجار المغروسة في الجسور وميول الترع العامة إذا كانت هذه الأشجار تعوق سير المياه في الترع أو تعطل الملاحة فيها أو تمنع السير على جسورها . ومن هذه القيود أيضاً ما تقرر لمصلحة الأمن العام أو الصحة العامة ، كالقيود التي تجب مراعاتها في إنشاء العزب والبرك ، أو المحال العامة ، أو المحال المقلقة للراحة والضارة بالصحة والخطرة ، أو إقامة الآلات الرافعة ، أو تركيب الآلات البخارية ، أو إحداث الحفر أو البرك . ومن هذه القيود ما تقرر لمصلحة الزراعة ، كالقيود الخاصة بوقاية القطن والمحاصيل الأخرى ، ومنع زراعة القطن في أكثر من مساحة معينة . ومنها ما تقرر للمصلحة الحربية ، كإنشاء مناطق خطر حول القلاع . ومنها ما وضع لحفظ الثروة القومية وإنماؤها ، كالقيود الخاصة بالمناجم وحماية الآثار التاريخية . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام في القيود التي ترد على حق الملكية (١) .

٣٤٠ — تقييد حق الملكية للمصلحة الخاصة : تقول المذكرة الإيضاحية

للمشروع التمهيدى ، كما رأينا (٢) ، في هذا الصدد : « حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم ، بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً . وهنا نجد التقييد الذى يرد على حق الملكية قد تقرر ، لا للمصلحة العامة ، بل للمصلحة الخاصة » . وهذا المظهر من تقييد حق الملكية للمصلحة الخاصة هو أبغ مظهر لمبدأ التضامن الاجتماعى ، ولكون الملكية لها وظيفة اجتماعية يجب عليها أن تؤدى . فالمبدأ الأساسى إذن هو أنه حيث تتعارض مصلحة المالك مع مصلحة خاصة لأجنبى ، فليس من الضرورى أن تقدم مصلحة المالك . وقد كان من الضرورى تقديمها لو أن الملكية حق ذاتى فحسب . ولكن الملكية لها وظيفة

(١) انظر ما يلى فقرة ٣٩٦ - فقرة ٤٠٠ .

(٢) انظر أنفاً فقرة ٣٣٢ .

اجتماعية ، وهذه الوظيفة تنقضى بأنه يجب الموازنة بين مصلحة المالك ومصلحة الأجنبي ، فإن كانت مصلحة الأجنبي أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، وجب تقديم مصلحة الأجنبي مع تعريض المالك التمييز العادل . وبذلك تكون الملكية قد أدت وظيفتها الاجتماعية على خير وجه يقضى به التضامن الاجتماعي .

وإذا رجحت مصلحة الأجنبي على مصلحة المالك ، فأقل ما يطلب من المالك أعمال سلبية يمتنع بها عن الإضرار بالجار . وقد يجاوز الأمر الأعمال السلبية من المالك ، إلى أعمال إيجابية من الجار . بل قد يصل الأمر إلى حد أن يقتضى من المالك نفسه أن يقوم بأعمال إيجابية لمصلحة الغير ، وهذه هي أبغض مظاهر الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، وبها يكون التضامن الاجتماعي قد بلغ الذروة في التأكيد من سلطان المالك .

٣٤١ - أعمال سلبية من المالك : الأمثلة كثيرة على الأعمال السلبية التي تنقضى من المالك حتى يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية ، وسنعرض لها تفصيلاً عند الكلام في القيود التي ترد على حق الملكية . ونجزم هنا بإيراد بعض الأمثلة :

١ - يجب على المالك أن يمتنع عن استعمال ملكه بحيث يضر بالجار ضرراً فاحشاً ، وإذا جاز للمالك أن يطلب من جاره أن يتحمل مضار الجوار المألوفة ، فليس له أن يحمله المضار غير المألوفة للجوار . وفي هذا المعنى تقول المادة ٨٠٧ مدني : « ١ - على المالك ألا يقلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار » .
٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » .

٣ - المالك الحائض أن يتصرف في حائطه كما يشاء ، فله أن يرممه إذا احتاج إلى الترميم ، وله أن يعدل في طريقه بنائه ، وله أن يهلمه ويعيد بنائه ، بل له أن يهلمه ويعيد بنائه ، بل له أن يهلمه ثم لا يعيد بنائه . ولا يجبر على النزول

عن جزء من حائطه لجاره الملاصق ، إلا في حالة خاصة نصت عليها المادة ٨١٦ مدني . ومع ذلك إذا كان الجار يستتر بالحائط ، امتنع على صاحب الحائط هدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان المدمم يضر بالجدار . وتنص المادة ٨١٨ مدني في هذا الصدد على أنه ١ - ليس لجار أن يجبر جاره على تحويل ملكه ، ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة ٨١٦ . ٢ - ومع ذلك فليس للمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى ، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط .

٣ - في ملكية الطبقات حيث يوجد علو وسفل ، يجوز لكل من مالك العلو والسفل أن يتصرف في ملكه كما يشاء ، فعدل من نائه ، ويزيد فيه أو ينقص منه ، ويعليه إذا كان يحتمل الإعلاء . ومع ذلك يجب على صاحب العلو أن يمتنع عن إعلاء علوه ، إذا كان هذا الإعلاء يحمل السفلى تقيلاً جسيماً بحيث يضر به . وتنص المادة ٨٦١ مدني على هذا الحكم فتقول : « لا يجوز لأصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل » .

٣٤٢ - أعمال إيجابية من الغير : وقد تقتضي الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية أن يتدخل الغير تدخلًا إيجابيًا في انتفاع المالك بملكه ، ليتوقى ضرراً أشد بكثير من الضرر الذي يصيب المالك من التدخل ، على أن يعرض المالك للتصويض العادل . وقد طبق هذا المبدأ تطبيقات بعيدة المدى ، نذكر منها ما يأتي :

١ - للمالك المسقة أو المصرف أن ينضع بمسقاته أو مصرفه ، وأن يستقل بهذا الانتفاع فلا يشاركه فيه أحد . ومع ذلك يجوز للجار أن يأخذ ماء من المسقة (حق الشرب) لرى أرضه ، أو يصرف مائه في المصرف (حق الصرف) ، بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته من مسقاته أو مصرفه . وتنص المادة ٨٠٨ مدني على هذا الحكم على الوجه الآتي : ١ - من أنشأ مسقة أو مصرفاً خصوصياً ، طبقاً للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها . ٢ - ومع ذلك يجوز للمالك المجاورين أن يستعملوا المسقة أو المصرف فيها محتاجة أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقة أو المصرف

تم استوفى حاجته منها . وعلى المالك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها .

٢ - مالك الأرض حر في التصرف في ملكه كما يشاء ، وله أن يمنع غيره من الانتفاع بالأرض . ومع ذلك يجوز للجار أن يجبر المالك على أن تمر بأرضه المياه الكافية لرى أرض الجار البعيدة عن مورد المياه (حق المجرى) ، أو أن تمر بأرضه مياه المصرف الآتية من أرض الجار لتصب في أقرب مصرف عام (حق المسيل) . بشرط تعويض المالك تعويضاً عادلاً . وتنص المادة ٧٠٩ مدني على هذا الحكم فيما يأتي : « يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لدى الأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه المصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي ، بشرط أن يعرض عن ذلك تعويضاً عادلاً » .

٣ - مالك الأرض أن يمنع جاره من المرور بأرضه . ومع ذلك إذا كانت أرض الجار محبوسة عن الطريق العام ، فإن للجار حق المرور في أرض جاره بالتأثير اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، وذلك في نظير تعويض عادل . وهذا ما يسمى بحق المرور ، وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدني على الوجه الآتي : « مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام ، أو التي لا يصلها بهذا الطريق عمركاف ، إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنبذة باهظة أو مشقة كبيرة ، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالتأثير اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، مادامت الأرض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك في نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً ، وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك » .

٣٤٣ - أعمال إجبارية من المالك : وهنا تصل الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية إلى أبعد غاياتها ، فيجبر المالك على أن يقوم بأعمال إجبارية لمصاحبة الغير . ونذكر على سبيل المثال ما يأتي :

١ - في ملكية الطبقات ، يجبر صاحب السفلى على أن يقوم بالأعمال والتمهيات اللازمة لمنع سقوط العاو . وتنص المادة ٨٥٩ مدني في هذا الصدد

على ما يأتي : ١٥ - على صاحب السفلى أن يقوم بالأعمال والتميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. ٢ - فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفلى . ويجوز في كل حال للقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة » . بل يصل الأمر ، في اقتضاء أعمال إيجابية من المالك للوفاء بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، إلى حد أنه إذا أنهكت الطبقتان - للعلو والسفلى معاً - أجبر صاحب السفلى على إعادة بناء سفله ، حتى يتمكن صاحب العلو من بناء علوه هو أيضاً . وقد أوردت المادة ٨٦٠ مدني هذا الحكم على الوجه الآتي : ١٥ - إذا أنهك البناء ، وجب على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفلى ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفلى على نفقة صاحبه . ٢ - وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفلى من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته ، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفلى أو سكناه استيفاء لحقه » .

٢ - في الملكية على الشيوع ، تجبر أقلية الشركاء على الموافقة على ما تقرره الأغلبية في شأن إدارة المال الشائع . وتقول المادة ٨٢٨ مدني في هذا المعنى : ١ - ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، تحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة . فإن لم تكن ثمة أغلبية ، فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع . ٢ - وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة وللمحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً ، سواء أكان الخلف عام أم كان خاصاً . ٣ - وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة ، دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلاً عنهم » .

وليس الأمر مقصوراً على أعمال الإدارة المعتادة ، بل يجاوز ذلك إلى ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، فتجبر أقلية الشركاء على الموافقة ، تحت رقابة المحكمة ، على ما تقرره الأغلبية من تغييرات أساسية وتعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع . وتورد المادة ٨٢٩ مدني هذه الأحكام فيما يأتي :

١ - للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا ، في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال ، من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . ٣ - والمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

بل إن الأمر يجاوز حدود الإدارة المعتادة وغير المعتادة ، ويصل إلى حد التصرف في المال الشائع . فتجبر أقلية الشركاء على الموافقة ، تحت رقابة المحكمة ، على ما تقرره الأغلبية من التصرف في المال الشائع ، إذا استندت هذه الأغلبية في قرارها إلى أسباب قوية . وتنص المادة ٨٣٢ مدني على هذا الحكم على الوجه الآتي : « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه ، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . والمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقرر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً »

٣ - وقد جعلت التشريعات الاستثنائية الخاصة بالإيجار ، نظراً لأزمة المساكن ، للمستأجر حقوقاً واسعة إزاء المالك ، بحيث يكاد المستأجر يصبح شريكاً للمالك في ملكه . وأجبرت المالك على قبول أنواع شتى من تسخّل المستأجر ، وبخاصة في تعيين حد أقصى للأجرة ، وفي ترك المستأجر يبقى بالعين المؤجرة ، حتى بعد انقضاء مدة الإيجار ، المدة التي يراها . ويستوى في ذلك إيجار الأماكن وإيجار الأراضي الزراعية . وقد دعا ذلك الفقهاء في فرنسا ، ويشتمل القانون الفرنسي على تشريعات مماثلة ، أن يروا أن المالك قد أصبح اليوم إزاء المستأجر غير خالص الملكية ، بل هو لا يملك على داره أو أرضه إلا ما كان يسمى في العصور الوسطى بالملكية المشرفة (domaine

(*éminent*) بقاضى بموجبها أجراً زهيداً ، أما الملكية الحقيقية أو الملكية التابعة (*domaines utile*) فهى المستأجر (١) .

المبحث الثانى

. التمييز بين مناطق مختلفة فى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية

٣٤٤ - المناطق المختلفة فى الملكية وتفاوتها بالنسبة إلى الوظيفة الاجتماعية :
هنا نخرج قليلاً عن دائرة القانون إلى دائرة الاجتماع والاقتصاد ، ولذلك نوجز القول .

ونبدأ بملاحظة هامة . فكثيراً ما يختلط عند البحث حق الملكية فى ذاته وسوء توزيع الثروة ، وهما أمران مستقلان أحدهما عن الآخر كل الاستقلال . وكثيراً ما يتخذ من سوء توزيع الثروة فى المجتمع ، واستثناء طبقة قليلة العدد بالقدر الأكبر من ثروة البلاد ، حجة للتدليل على عدم مشروعية حق الملكية ، وكأن إلغاء هذا الحق هو الذى يكفل حسن توزيع الثروة . وواضح أن إلغاء حق الملكية هو إلغاء للثروة نفسها ، فلا يعود هناك محل للنظر فى حسن توزيع الثروة أو فى سوء توزيعها . وواضح أن حق الملكية لا يمس من عدائته أن يكون توزيع الثروة غير عادل ، فإذا ما كان توزيع الثروة غير عادل وجب عندئذ إصلاح نظام توزيع الثروة دون المساس بحق الملكية .

وعند النظر فى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، يحسن التمييز بين مناطق ثلاث : منطقة الاستهلاك ، ومنطقة الخدمات العامة ، ومنطقة الإنتاج .
ففى منطقة الاستهلاك تكاد الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تخفى ، وتكاد ملكية الاستهلاك تتمحور حتماً ذاتياً ليس للمجتمع ولا للدولة شأن به ، والشأن كل الشأن هو للمالك المستهلك .

(١) - انظر فى هذا المعنى مارتى ودينو فقرة ٣٦ ص ٤١ - مازو فقرة ١٣٠٣ ص ١٠٦٣ - وقد عرف فى فرنسا ، ما عرف فى مصر ، ما يسمى « غلو الرجل » ، أى مبلغ من المال يأخذه المستأجر لقاء تركه المكان المأجور لمن يحتلّه فيه ويسمى فى فرنسا « *pas de porte* » . وهو محل مناقب عليه جنائياً فى فرنسا وفى مصر ، ولكنه مع ذلك ، فى فرنسا وفى مصر ، واسع الشرح فى التعامل . انظر فى فرنسا مازو فقرة ١٣٠٣ ص ١٠٦٣ .

أما في منطقة الخدمات العامة ، كالتعليم والصحة والمرافق العامة ، فالأمر على التقىض من ذلك . والملكية في هذه المنطقة تتميز بطابعها الاجتماعي ، وتبره الوظيفة الاجتماعية للملكية الخدمات العامة كل البروز ، ويكون للدولة فيها الشأن الأكبر ، والتأميم المجال الأوسع .

بقيت منطقة الإنتاج ، وهذه هي المنطقة التي يطول فيها النقاش والجدل . ومهما يكن من اختلاف الرأي في هذه المسألة الشائكة ، فلا بد من التسليم أن حق الملكية في منطقة الإنتاج لها وظيفة اجتماعية بارزة ، بل إن الوظيفة الاجتماعية ترجح الصيغة الذاتية في ملكية الإنتاج . وإذا وجب أن يكون للنشاط الفردي في الإنتاج دور هام ، فإن لنشاط الدولة دورا رئيسيا كذلك .

ونتعبق هذه المناطق الثلاث ، فنقول كلمة في منطقتي الاستهلاك والخدمات العامة وهما طرفا تقىض كما قلنا ، ثم نعرض لمنطقة الإنتاج .

١٨ - منطقة الاستهلاك ومنطقة الخدمات العامة

٣٤٥ - منطقة المستهلك : قلنا أن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية :

في منطقة الاستهلاك ، لا تكاد تظهر . وتشمل هذه المنطقة جميع الأموال المملوكة للشخص الوفاء بحاجاته الخاصة . ويدخل في ذلك نفقات المعيشة ، وما يحتاج إليه الفرد من مأكل ومشرب ، وكسوة وملبس ، وبيت السكنى ، والأثاث والمنقولات الأخرى التي يستخدمها لاستعماله الخاص ، وما يكسبه بعمله من دخل ، وما يلزمه بحسن تبصره من ادخار . والملكية هنا هي حق ذاتي ، لا يكاد يكون الوظيفة الاجتماعية شأن بها . ومن حق مالك هذه الأشياء أن يستأثر بها ، وأن يمنع عنها الاعتداء من أى جانب ، جانب الأفراد أو جانب الدولة . وله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات ، وأن يسهلها على الوجه الذي يريد ، فإن الغرض من هذه الأموال هو الاستهلاك ، وتقتل منه بعد الموت إلى ورثته .

وهذه الحقائق مسلم بها من الجميع ، لا يكاد يخالف فيها أحد . وتقرها أشد المذاهب الاشتراكية تطرفا ، ويدخل في ذلك المذهب الشيوعي نفسه ، ويسمى بالملكية الشخصية (propriété personnelle) . فقد نصت المادة

العاشرة من دستور الاتحاد السوفيتي الصادر في ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٦ على ما يأتي : « حق الملكية الشخصية للمواطنين ، في دخلهم وادخارهم ، وفي منزل السكني وما يتبعه من اقتصاد منزلي ، وفي الأشياء التي تفي بالحاجات المنزلية ، وفي الأشياء المخصصة للاستهلاك وللحاجات الشخصية ، وكذلك الحق في انتقال الملكية الشخصية للمواطنين عن طريق الميراث ، كل هذا يحميه القانون » (١) .

٣٤٦ — منطقة القرمات العامة: والملكية في هذه المنطقة تتميز بأنها ليست ملكية استهلاك واستعمال شخصي كما هو الأمر في منطقة الاستهلاك ، وليست ملكية استغلال كما هو الأمر في منطقة الإنتاج ، بل هي ملكية أعدت لتوزيع الخدمات العامة على أفراد الشعب ، فلا يتأثر بها فرد دون آخر. ويدخل في هذه المنطقة الصحة العامة ، والتعليم ونشر الثقافة ، والتأمينات الاجتماعية بمختلف أنواعها من تأمين من العجز والمرض والشيخوخة ، إلى تأمين من البطالة ، إلى تأمين من الإصابات ، وما إلى ذلك من أنواع التأمين. كما يدخل فيها المرافق العامة من ماء ونور وغاز وطرق مواصلات وغير ذلك . وتنظيم الخدمات العامة وتوزيعها على الأفراد يحسن أن يكون على أساس محلي لا على أساس مركزي ، فيتولى كل إقليم الوفاء بحاجات سكانه ، وهو أبصر بها وأقدر على تنظيمها .

والملكية التي تكفل هذه الخدمات ، على خلاف ملكية الاستهلاك ، وظيفتها الاجتماعية بارزة بروتا واضحا كما سبق القول . بل إنه يحسن أن تتولى الدولة والأشخاص العامة الإقليمية أداء هذه الخدمات ، ومحل نشاطها في هذه المنطقة محل النشاط الفردي . ذلك أن النشاط الفردي لا بد له من حافز ، وغير حافز له هو الربح المادي . وأكثر الخدمات العامة ، إذا توخى القائمون بها حسن أدائها وعدالة توزيعها ، لا تدر ربحا بل تعود على موزعها بالحسارة .

(١) David et Hazard في القانون السوفيتي سنة ١٩٥٤ جزء ٢ ص ٥ وما بعدها — Arminjon, Baron Nolde et M. Wolff في لقائهم المقارن جزء ٣ سنة ١٩٥٢ فقرة ٨٩٦ وفقرة ٩١٨ — أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ *Propriété* فقرة ٣ . وانظر ماركو وريغو فقرة ٣٧ ص ٤٤ .

فتعليم أفراد الشعب نفقاته باهظة . دعى أنه من المرغوب فيه أن يكون التعليم مجانياً ، فمن حق جميع أفراد الشعب ، الأغنياء والفقراء على السواء ، أن يتعلموا وأن يصلوا إلى التعليم إلى أقصى مرحلة يستطيع أن يبلغها الفرد بمواهبه العقلية . وكذلك الخدمات الصحية العامة والمستشفيات يجب أن تكون في متناول أفراد الشعب ، مجاناً أو بأجر زهيد . وهذا هو أيضاً شأن التأمينات الاجتماعية والمرافق العامة ، يجب أن تؤدي لجميع أفراد الشعب بأقل ما يمكن من النفقات . ومن أجل ذلك يكون من المرغوب فيه أن نل على النشاط الفردى في منطقة الخدمات العامة نشاط الدولة ، فهي وحدها القادرة على بلل النشاط اللازم دون سعى وراء الكسب .

وقد يكون هناك مجال محدود للنشاط الفردى ، في منطقة الخدمات العامة ، إلى جانب نشاط الدولة . فقد تؤسس مستشفيات ومدارس خاصة ، إلى جانب مستشفيات الدولة ومدارسها . ولكن الملكية في حدود هذا النشاط الفردى تكاد تكون وظيفة اجتماعية محضة . ويجب أن تبسط الدولة رقابتها على هذا النشاط حتى لا يكون الربح المادى هو رائده الأول ، بل يحسن أن يكون القائم بهذا النشاط جمعيات وهيئات خيرية تكرس جهودها لخدمة المجتمع .

٢٤ - منطقة الإنتاج

٣٤٧ - **الاحتاج بسوذه بوجه عام النشاط الفردى :** وفي منطقة الإنتاج يستخدم الخلاف بين المذاهب الاشتراكية والمذاهب الفردية . ففي المذاهب الاشتراكية يجب أن تكون وسائل الإنتاج جميعها ملكاً للدولة ، وبحل في منطقة الإنتاج نشاط الدولة محل النشاط الفردى .

ولما كان الإنتاج خاضعاً لقوانين اقتصادية صادقة لا يمكن الإفلات منها ، فليس بمجدد إغفال هذه القوانين . ومن أهمها أن يكون للإنتاج حافز من الربح المادى ، ولا يتوافر ذلك إلا للنشاط الفردى .

لا شك في أن لنشاط الدولة مجالاً واسعاً للعمل في منطقة الإنتاج ، ولكن هذا المجال إنما يكون في الميادين التى لا يستطيع النشاط الفردى أن يقوم بأعبائها على وجه مرضى . فكثير من الصناعات الناشئة ، وبخاصة الصناعات الثقيلة ،

وكثير من المشروعات التي لا بد منها لقيام الاقتصاد القوي على أسس سليمة وهي غير مجزية اقتصادياً ، يرجع فيها نشاط الدولة على النشاط الفردي ، ومن الخير أن يحل فيها القطاع العام محل القطاع الخاص . ولكن يجب للسير بجلز وتبصر في تأميم هذه المشروعات ، فلا يمتد التأميم إلى المشروعات التي نجحت واستقرت بفضل النشاط الفردي .

والزراعة هي أوسع المجالات وأفسح الميادين للنشاط الفردي ، وقد دلت التجارب على أن النشاط الفردي في الزراعة يرجع كثيراً نشاط الدولة . ولا شأن لنا هنا بحسن توزيع الأرض على العاملين فيها ، فهذه مسألة حلقة اجتماعية وليست مسألة اقتصادية . والمشرع كفيل بسن القوانين التي تكفل هذه العدالة ، فيعين حداً أقصى للملكية الزراعية على الوجه الذي يراه عادلاً . ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون النشاط الفردي في الزراعة ، في أي نظام يفنائه المشرع لتوزيع الأرض ، هو العامل الرئيسي في قيام الزراعة على أسس اقتصادية سليمة .

والصناعة كذلك مجال واسع للنشاط الفردي ، وقد يختلط بالنشاط الفردي هنا نشاط الدولة على الوجه الذي يبتاه .

والتجارة ، وهي الوسيلة لإيصال السلعة من المنتج إلى المستهلك ، في أشد الحاجة إلى التنظيم ، ولا بد لها من حافز هو حافز الربح المادي . ولذلك يجب أن يسود فيها النشاط الفردي بوجه عام ، وقد يكمله في بعض النواحي نشاط للدولة .

٣٤٨ — مظاهر الوظيفة الاجتماعية للملكية في منطقة الإنتاج : ومهما

يقيم من خلاف في ضرورة النشاط الفردي في منطقة الإنتاج ، فمن المسلم به أن الملكية الفردية في هذه المنطقة لها وظيفة اجتماعية بارزة . فالمنتج المالك يجب أن يعتبر ملكيته وسيلة ، لا لخدمة منفعة الشخصية فحسب ، بل هي أيضاً وسيلة لخدمة المجتمع ، والمجتمع شريك له في هذه الملكية . والدولة هي التي تمثل المجتمع ، فهي الشريكة في ملكية الإنتاج .

وتتمثل هذه الشركة بوجه خاص في أمرين : (الأمر الأول) أن يكون للدولة حق التوجيه والرقابة على النشاط الفردي في منطقة الإنتاج . فجوهر الإنتاج ،

وحسن خدته للاقتصاد القومى ، وتجنب الاستغلال وهو آلة الإنتاج الفردى ،
 كحل هذا لا بد له من رقيب ، وخير رقيب هو الدولة . للدولة حق التخطيط
 للنشاط الفردى ، وقد تلجأ فى بعض الحالات إلى التأميم إذا اقتضى ذلك حسن
 نظام الاقتصاد القومى ، بشرط التوفيق العادل مقلما لمن تزرع ملكيته .
 (والأمر الثانى) أن يكون للمجتمع حصة معلومة فى ملكية الإنتاج ، ينفق منها
 على الخدمات العامة . وهذه الحصة هى الضرائب المختلفة التى تتقاضاها الدولة
 من المنتجين والعاملين . على أن يكون المحول ممثلا تمثيلا صحيحا فى حكومة
 ديمقراطية .

٣٤٩ - المراتب الاجتماعية فى التوزيع بين رأس المال والعمل -

الملكية الموروثة و ملكية المشروع : يجب أن يقوم البناء الاقتصادى على
 أساس من العدالة فى التوزيع . فالمشروع الإنتاجى ليس ملكا خالصا لصاحبه ،
 بل يشترك معه فيه العاملون فى المشروع . ويجب توزيع الربح بنسبة عادلة بين
 المالك والعاملين ، وهذا ما يسمى بملكية المشروع ، ويقابله الملكية الفردية .
 فصاحب المصنع مثلا هو صاحب رأس المال ، وفى الوقت ذاته هو الذى
 يدير المشروع . وأرباح المصنع يجب أن توزع توزيعا عادلا بين رأس المال
 والعمل ، فيتقاضى صاحب المصنع من الأرباح حصة تمثل فوائده رأس المال .
 أما بقية الأرباح فيجب توزيعها بينه وبين سائر العاملين فى المشروع ، كل
 يقدر أهمية عمله . ومن ثم يكون للعاملين فى المشروع حصة فى أرباح المصنع
 توزع عليهم توزيعا عادلا ، وهذا إلى جانب الأجور التى يتقاضونها . ذلك
 لأنهم ساهموا فى الإنتاج وفى تسير المشروع ، ولأن الأرباح قد نتجت لا من
 رأس المال فحسب ، بل أيضا عن العمل . فهى أرباح ، لا الملكية رأس المال ،
 بل الملكية المشروع ^(١) .

(١) لنظ فى ملكية المشروع : Rouast فى نظ ، حق الملكية ، ضمن دراسات
 جامعة هنرى كاييتان جزء أول سنة ١٩٤٥ ص ٤٥ وبإيمدا - جزء ٢ سنة ١٩٤٦
 ص ١١٨ - ص ١١٩ - Durand فى الفكرة القانونية للمشروع ، ضمن دراسات
 جامعة هنرى كاييتان جزء ٣ سنة ١٩٤٧ ص ٤٥ - Durand et Jausseaud فى قانون
 العمل جزء أول سنة ١٩٤٧ فقرة ٣٣٥ وما بعدها - Saint-Alary فى الفكرة -

الفصل الثاني

نطاق حق الملكية ووسائل حمايته

الفرع الأول

نطاق حق الملكية

٣٥٠ - مدى حق الملكية : يملك المالك الشيء أصلاً وفرعاً . يملك أصلاً ، فتتناول الملكية الشيء ذاته أى عناصره الجوهرية ، فإذا كان الشيء أرضاً شملت الملكية سطح الأرض وما فوقها وما تحته . ويملكه فرعاً ، فتتناول الملكية ما يلحق بالشيء وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات .

المبحث الأول

شمول الملكية الشيء ذاته - الأرض وما فوقها وما تحته

٣٥١ - نص قانوني : تنص المادة ٨٠٣ منى على ما يأتى :

١ - مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية ، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير .

٢ - وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحته ، إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقاً .

٣ - ويحوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحته (١) .

١ - القانونية المشروع الزراعى في الحلة الفصلية لقانون المدونة ١٩٥٠ من ١٢٩ وما بعدها - كولان وكابيتان دى لامورالدير ١ - فقرة ٩٦١ - كاربونيه من ٨٨ - Nerson في أنيكلويدى دالوز ؛ لفظ Propriété فقرة ٣ من ٢٨١ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٣ من المشروع انتهى على الوجه الآتى : ١٥ - من يملك الشيء يملك كل ما يعد بحكم العرف من عناصره الجوهرية . بحيث لا يمكن

ولا مقابل للنص في التفتين المدني السابق ، ولكن الأحكام كانت معمولا بها دون نص^(١) .

وقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري م ٧٦٩ - وفي التفتين المدني الليبي م ٨١٢ - وفي التفتين المدني العراقي م ١٠٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣^(٢) .

فصله عنه دون أن يملك أو يتخير . ٢- ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحته إلى الحد الذي يصلح للاستعمال علوا أو عمقا ، غير أنه ليس لملك أن يمارس فيما يقام من عمل على مسافة من علو أو عمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منه . ٣- يجوز بناء على نص القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحته . وفي لجنة المراجعة أجريت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٨٧١ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لجلس النواب حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهي : غير أنه ليس لملك أن يمارس فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منه ، وذلك لأن هذا الإيضاح لا ضرورة له وهو مفهوم من صدر الفقرة . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل ، وأصبح رقم المادة ٨٧٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة : بحكم العرف ، لأن العرف ليس هو المرجع الأول في تحديد العناصر الجوهرية ، بل يرجع في ذلك أولا إلى طبيعة الأشياء ثم إلى العرف بعد ذلك . وقد أصبح النص مطابقا لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٨٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٦ - ص ١٩) .

(١) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٣ ص ٢١٦ - بين مزاد ٢٥ يناير سنة ١٩٣١ المأداة ١٣ رقم ٤٥٠ ص ٩٢١ .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٧٦٩ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٨١٢ (مطابق - فيما عدا أن الفقرة الثانية تنهى بالعبارة الآتية :

وذلك دون الإخلال بأحكام القانون الخاص بالمعاجر والمتاجر) .

التفتين المدني العراقي م ١٠٤٩ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣ : تشمل ملكية الأرض ملكية ما فوق السطح وما تحته ، وعليه فإن لملك الأرض أن يفرس فيها ما يشاء من الأغراس وأن يبنى ما يشاء من الأبنية ، وأن يجري فيها حفريات إلى أي عمق شاء ، وأن يستخرج من هذه الحفريات كل ما يمكن أن تنتج ، ضمن القيود الناتجة عن القوانين والقرارات والأنظمة . (وأحكام التفتين اللبناني تنفق مع أحكام التفتين المصري - انظر في نطاق حق الملكية في القانون اللبناني : حسن كبر في الحقوق العميلة الأصلية في القانون المدني اللبناني القانون المحكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ٨٩ - ص ٩٨) .

ويتبين من النص المقدم الذكر أن مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : « فالشيء المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع أجزائه المكونة له ، والجزية أيها أن يكون الجزء مندرجا في الكل ، بحيث لو فصل منه هلك الشيء أو تلف أو تضرر »^(١). فإذا كان الشيء مقولا سهل التعرف على ذاته وأجزائه ، فالسيارة أو الكتاب مثلا يمكن نقله من مكان إلى آخر ، وينقل بطبيعة الحال بجميع أجزائه ، ومن ثم يمكن تحديد هذه الأجزاء^(٢). أما إذا كان عقارا^(٣)، فإن كان بناء فإن تملك أجزائه البناء تنحصر هذه الأجزاء . بقي ما إذا كان للعقار أرضا ، وملكية الأرض - كما تقول المادة ٢/٨٠٣ منقولة الذكر - تشمل ما فوقها وما تحتها ، أي الأرض علوا وعمقا . وقد يوجد في باطن الأرض (أي العمق) مناجم أو عاجر تحوي مواد معدنية أو خامات ، وهذه لا تكون مملوكة لصاحب الأرض بل هي ملك الدولة ، ولها أحكام خاصة تكفل ببيانها قانون المناجم والمحاجر .

فنبعث إذن مسألتين : (١) الأرض علوا وعمقا . (٢) المواد المعدنية والخامات في المناجم والمحاجر .

١٩ - الأرض علوا وعمقا

٣٥٢ - مالك سطح الأرض يعتبر مالكا للعلو والعمق : الأصل أن من يملك سطح الأرض يعتبر مالكا لما فوقها (dessus) أي للعلو (hanteur) ، ولما تحتها (dessous) أي للعمق (profondeur) . وقد أكدت هذا المعنى المادة ١/٩٢٢ منقولة : « كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ، ويكون مملوكا له » .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٧ .

(٢) بلانويول وديوير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٠ .

(٣) انظر فيما يعتبر أجزءا من العقار (أي عناصره الجوهرية) ، أرضا كان أو قبلا أو مياها أو منشآت : ألفا فقرة ٩ - فقرة ١١ .

ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس . فيجوز أن يقام الدليل ، في مواجهة صاحب سطح الأرض ، على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها (م ٩٢٢ / ٢ مدني) . وقد تقرر المادة ٨٠٣ / ٣ مدني كما رأينا أنه « يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد أشار المشروع إلى جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ، ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى الاتفاق . ومثل التشريعات الخاصة قانون المناجم بفصل ملكيتها عن ملكية الأرض ... ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلاً عن السطح نفسه ، ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام . وما حق القرار وحق الحكم وحق التعلل إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح» (١) . وكما يجوز فصل العلو أو العمق عن السطح باتفاق ، يجوز هذا الفصل أيضاً بوصية ، أى بإرادة منفردة . فالفصل يكون إما بقانون أو بتصرف قانوني ، سواء كان التصرف اتفاقاً أو وصية (٢) .

والعكس غير صحيح . فلكية العلو أو العمق لا تقوم قرينة على ملكية السطح ، فإلا العلو أو العمق ، إذا ادعى ملكية السطح ، عليه هو أن يثبت ذلك (٣) .

(١) موعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن من الملة قانوناً أن كل من ملك أرضاً صار مالكا ما فوقها وما تحتها أيضاً ، إلا إذا ظهر من سند الملكية أنها لا تتضمن كل ذلك (نقض مدني ٢٢ ماي سنة ١٩٤٠ موعة عمر ٣ رقم ٦٣ ص ٢١٦) . وقضت أيضاً بأن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، متى كان لا يوجد اتفاق على خلاف ذلك (نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ بمجموعة المكتب الثاني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩٠) .

وقضت محكمة النقض الفرنسية أن ما تحت الأرض يجوز أن يكون وحده مستقلاً بخلاف نوع الملكية المنفعة العامة (نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٠٥) .

وعلى من يدعى أنه يملك الله أو العمق منفصلاً عن السطح عبء إثبات ذلك في مواجهة مالك السطح (بلانيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٣ ص ٢٥٤ - ماري ورييه فقرة ١٠٤) .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٣٦٧ - بودري وشوفو فقرة ٣٣١ ص ٢٢٥ -

٣٥٣ - العلو: وملكية العلو هي التي تسمح لصاحب السطح أن يقيم فوق الأرض منشآت أوفرس فيها أو يزرعها ، كذلك تمكن له من الزور والهواء^(١). ولئلا أن يمنع الغير من الاعتداء على علوه ، فإذا امتد الشجر أو الزرع في الأرض المجاورة ، وتفرعت أغصانه حتى احتلت جزءاً من العلو المجاور ، كان لمالك هذا العلو أن يطلب من جاره قطع ما امتد من الشجر أو الزرع إلى علوه . وليس لصاحب الشجر أو الزرع أن يمنع عن ذلك بدعوى أن هذا الامتداد لم يحدث ضرراً للجار ، فمجرد الامتداد إلى العلو يكون ضرراً كافياً^(٢). كذلك إذا صاد الجار وهو في أرضه طيراً في أرض جاره ، كان هذا اعتداء على علو الجار^(٣).

ولا يفهم من ذلك أنه لا يوجد حد للملكية العلو ، فقد صرحت المادة ٢/٨٠٣ مدني كما رأينا بأن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد للتمتع بها علواً وعمقا » . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجري على الوجه الآتي: « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذي يصلح للاستعمال علواً وعمقا ، غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيها بيقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه » .

= ص ٢٣٦ - فلانبول وريبير وهيكار ٣ فقرة ٢٥٣ ص ٢٥٤ - نقض فرنسي ٢٥ يونيو سنة ١٩٤١ جازيت دي پاليه ١٩٤١ - ٢ - ٩٨ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وتكون طبقة الهواء ، وهي فوق السطح ملوكة لصاحب الأرض بالقدر الذي يمكن به تمتك الهواء ، وكذلك حق التملك وهو حق البناء فوق الأرض طبقات بعضها فوق بعض » (حوة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧) . والمالك أن يطلو بالبناء العدد الذي يشاء من الطبقات ، في حدود التقائين والواجب الخاصة بالبناء .

(٢) وقد قضى بأنه يسوغ للمالك الذي تمتد على أرضه أشجار جاره أن يلزم ذلك الجار بتقليم فروع هذه الأشجار التي تحجب عن أرضه الشمس فتسبب ضرراً لزراعته . وإذا كان القرار ناشئاً عن اعتداد جذور تلك الأشجار في أرضه ، فله أن يقطع تلك الجذور المستدة بأرضه دون التجاء إلى الجار . أما طلب إزالة الأشجار فغير ممكن ، لأنه يحرم المالك من جربة للتصرف في ملكه بما يريد ، الأمر الذي يتنافى مع حق المالك (مطلقاً التكملة ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ الحاماة ٦ رقم ٣٠٤ ص ٤٤٥) .

(٣) نقض فرنسي جنائي ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٧ جازيت دي پاليه ١٩٥٨ - ١ - ٩٩ - مازو فقرة ١٣٥٨ - وإذا أعلى الجار سائله بحيث أصبح الجزء المثل مائلا يشغل جزءاً من علو جاره ، كان هذا اعتداء يور إزالة الجزء المائل من المائل (نقض فرنسي ١٥ يوليو سنة ١٩٠١ مالوز ١٩٠٢ - ١ - ٥٣ - بودري وشوفو فقرة ٣٣١ ص ٢٣٥) .

وقد خلعت اللجنة التشريعية مجلس النواب العبارة الأخيرة « غير أنه ليس للمالك أن يعارض ... » ، وذلك « لأن هذا الإيضاح لا ضرورة له ، وهو مفهوم من صدر الفقرة »^(١). وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « على أن المادة ١١٦٣ (من المشروع التمهيدي) أوردت قيда على حق المالك في العلو والعمق ، فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منه . فإذا اضطرت مصلحة التلغرافات إلى إربصال أسلاكها فوق سطح الأرض أو شركة المياه إلى إربصال أنابيبها تحت السطح ، غلى مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض ، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال ، وإلا كان المنع تصفا في استعمال حق الملكية »^(٢) .

ويستخلص من ذلك أمران بالغا الأهمية من الناحية العملية .
(الأمر الأول) لا يجوز للمالك أن يمنع مرور الأسلاك الكهربائية أو للتلفغرافية أو التليفونية فوق أرضه ، إذا كان مرور هذه الأسلاك لا يحدث له ضررا . وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٩ الخاصة بإنشاء الخطوط الكهربائية وحمايتها ، تأكيداً لهذا الحكم . على أن « كل مالك لعقار أو واضح اليد عليه ملزم بأن يتحمل فوق العقار إذا كان مبنياً ، وفوقه أو تحته إذا كان أرضاً ، مرور الأسلاك المعدة للاتصالات التلفغرافية أو أو التليفونية أو المعدة للإضاءة أو لنقل القوى الكهربائية ، سواء كانت هذه الأسلاك مملوكة للدولة أو لإحدى السلطات العامة أو لصاحب التزام باستغلال مرافق عام مرخص له بذلك قانوناً . وهو كذلك ملزم بأن يقبل تنفيذ جميع الأعمال اللازمة لوضع هذه الأسلاك أو لصيانتها . وإذا كان بالأرض بناء ، فلا يجوز وضع الأسلاك إلا في خارج الحوائط أو الواجهات أو فوق الأسقف أو الأسطح ، وبكيفية يمكن معها الوصول إليها من الخارج أو بطريق السلم دون اختراق أجزاء العقار المخصصة للسكنى ، وبطريقة لا تعرض سلامة الغير للخطر » . وجاء في المادة ٢ من نفس القانون أنه « إذا لم يقبل المالك كتابة

(١) انظر آتفا ص ٥٦٨ هامش ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٨ .

وضع الأسلاك ، لم يجوز وضعها إلا بمقتضى قرار يصدر من الوزير المختص . ويتضمن هذا القرار وصف الأعمال التي يراد إجراؤها ، وبيان تفصيلها عن كل أرض أو بناء يراد تنفيذ الأعمال فيه .

(والأمر الثاني) لا يجوز للبالك أن يمنع تخليق الطائرات في أثناء طيرانها فوق أرضه ، فهي تخلق على مسافة من العدو بحيث لا تحدث له ضررا ، وصوت أزيزها وهي طائرة في الجو لا يعتبر ضررا كافيا لطلب منعها ، وإلا تطلعت الملاحة الجوية . ولما كان الفضاء الجوي تحت سيادة الدولة ، فقد صدر المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٥ بشأن الملاحة الجوية ينص في المادة الأولى منه على أن « للدولة كامل السيادة المطلقة على الفضاء الجوي الذي يعلو أراضيها . وتشمل كلمة (أراضي) المياه الإقليمية » . وتنص المادة الثانية على أن « تنظم الملاحة الجوية بمراسيم » . وصدر في يوم صدور هذا القانون (٢٣ مايو سنة ١٩٣٥) مرسوم بتنظيم الملاحة الجوية : وهو يقضى بأنه لا يجوز لأية طائرة أن تطير فوق الأراضي المصرية أو أن تهبط عليها دون أن تحصل مقلما على ترخيص بذلك من وزير المواصلات ، وتشمل كلمة « طائرة » كل البالونات المثبته أو الطليقة والمناطيد والطائرات والمطارات والمحلقات ، وكذلك جميع الأجهزة التي تستطيع أن ترتفع أو تسير في الهواء (١) ،

(١) وذهب بعض الفقهاء إلى تقسيم الفضاء الجوي أقساما ثلاثة : القسم الأول وهو أقرب الأقسام إلى الأرض ويكون مملوكا ملكية خاصة لصاحب الأرض ، والقسم الثاني وهو الذي يعلو القسم الأول ويكون خاصا بسيادة الدولة ، والقسم الثالث وهو الذي يعلو القسم الثاني ويكون حرا لا ينضج لالملكية خاصة ولا لسيادة الدولة (*Marignac*) في مجلة القانون الدولي العام سنة ١٩١٤ ص ٢٠٥ - *Pricotelle* رسالة من باريس - عكس ذلك *Hamel* في حواشيات القانون التجاري سنة ١٩٢٥ ص ٨) . ويصعب التسليم بهذا التقسيم ، إذ أن حدود كل قسم وأين تنتهي في الجو لا يمكن تمييزها بالوضوح الذي تقتضيه في التقسيم المائل بالنسبة إلى البحر . وقد صدر في فرنسا قانون ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ ينظم الملاحة الجوية ، وقد أصبح هذا القانون يمد ذلك في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ تقنينًا للملاحة الجوية المدنية والتجارية . ويطلق القانون حرية الملاحة في الجو وتخليق الطائرات فوق أراضي الأفراد ، بشرط ألا يكون ذلك من شأنه تعطيل استعمال حق الملكية . ويمكن القول بأن هناك حق ارتفاق حل أراضي الأفراد بموجبيه يكون للطائرات حق التحليق فوق هذه الأراضي (*Juglart*) في القانون الجوي فقرة ١٥٣ وما بعدها - *Planiol* و *Ripert* و *Heck* ٣ فقرة ٢٥٢) ، وإن كان حق الارتفاق يكون حل مقار لمصلحة -

ولا يجوز للمالك أن يقيم في أرضه أسلاكاً أو منشآت أخرى متعمداً بذلك الإضرار بالملاحة الجوية ، وإلا كان هذا تعسفاً في استعمال حق الملكية (١) .

٣٥٤ - المصموم : وملكية العمق تسمح للمالك أن يحفر في أرضه حتى يضع أساس البناء الذي يقيم فيه فوق الأرض ، وأن تمتد جلود أشجاره ، ومفروساته وزراعته إلى الأعماق التي تتطلبها . وله أن يقوم بحفريات في أرضه (٢) ، وأن يحفر سراديب تحت الأرض كما يشاء ومن حقه أن يمنع اعتداء الغير على باطن أرضه ، فإذا وجد غرس الجار قد امتد إلى باطن أرضه كان له أن يطلب من القضاء قطع الجلود الممتدة (٣) .

وهناك رأى يذهب إلى أنه يترتب على أن العمق مملوك لصاحب الأرض أن الكنز المدفون أو الخبوء تحت الأرض يكون ملكاً له ، وقد نصت المادة ٨٧٢ مدني في هذا الصدد على أن (١) - الكنز المدفون أو الخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز

= عقار آخر . ويجب أن يكون التحليق فوق أراضي الأفراد بطريقة لا ينجم عنها خطر . وفي معرض نص المادة ٢٤ من القرار الوزاري رقم ١٥ لسنة ١٩٤٢ الصادر من وزير الحرية على أنه « لا يجوز لأية طائرة أن تطير طياراً منخفضاً أو بطريقة ينجم عنها خطر للأشخاص أو الحيوان أو الممتلكات ، أو ينجم عنها ضرر للإنسان أو ضرر أو تلف للحيوان أو الطيور في المناطق المقررة لصيده » .

(١) انظر مازو فقرة ١٣٦٠ - وانظر في التشريعات الفرنسية المخططة التي تفرض قبولاً على ملك الأراضي من نواح متعددة مارك وريتو فقرة ١٠١ ص ١٢٧ .
(٢) الحفريات الأثرية نظماً لقانون كيا سوي .

(٣) وفي فرنسا تقضي المادة ١٧٣ / ١ و ٢ مدني فرنسي بأن يكون الجار أن يتسلب بنفسه الجلود الممتدة إلى باطن أرضه ، وهذا بخلاف ما إذا كانت أخصان الأشجار قد امتدت إلى علو الجار فلا يكون الجار في هذه الحالة يتسلب هذه الأخصان بنفسه بل يجب عليه أن يلجأ إلى القضاء في ذلك . والسبب في هذا التمييز ، حل ما يظهر ، أن الجار يكون عرضة ، في حالة امتداد الجلود إلى باطن أرضه ، لأن يقطعها وهو يحفر في أرضه دون أن يدري ، فأراد المشرع الفرنسي أن يحجب الجار للمسئولية دون أن يكلفه بإثبات عدم علمه (كولان وكايتان ودني لاموراندوير ١ فقرة ٩٦٦ ص ٧٧٦) . ولا عمل لهذا التمييز في مصر إذ لا يوجد من يتقابل المادة ١٧٣ / ١ و ٢ مدني فرنسي ، ففي الحالتين الجار أن يطالب بقطع الشجر ولا يقوم بقطعه بنفسه حتى له امتدت الجلود إلى باطن الأرض ، إلا إذا كان ذلك دون قصد (شفيق شحاتة فقرة ٧٤ ص ٩٩ - حسن كبيرة ص ١٨٧ هامش ١ - ومع ذلك انظر مطلقا الكلية ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ المادة ٦ رقم ٣٠٤ ص ٤٣٥ ، آنذا ص ٥٧٢ هامش ٢) .

أولاً ملك رقبته . ٢ - والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتكون الكنوز .. وهى تحت السطح مملوكة كذلك لصاحب الأرض . وتأسيساً على هذا المبدأ أورد للمشروع نصين يقرر فى أولهما .. أن للكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون للمالك العقار أو المالك رقبته » (١) .

ولا يفهم هنا أيضاً أنه لا يوجد حد للملكية العمق ، فالمالك له هذه الملكية إلى الحد المفيد فى التمتع بها . وليس له أن يعارض فيها بقاء من عمل على مسافة من العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منته ، فإذا اضطرت مصلحة المياه إلى الاتصال أنابيبها تحت السطح على مسافة من العمق لا تضر بصاحب الأرض ، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال ، وإلا كان المنع تعسفاً فى استعمال حق الملكية (٢) . وأهم قيد يرد على ملكية العمق هو القيد المستخلص من قانون المناجم والمهاجر ، وهو قانون يجعل المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر فى باطن الأرض ملكاً للدولة ، لا لصاحب الأرض .

٢٤ - المواد المعدنية والخامات فى المناجم والمهاجر

٣٥٥ - قانونه المناجم والمهاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ : أول قانون صدر فى مصر فى شأن المناجم والمهاجر كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ ، ثم صدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ يلغى القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ ويحل محله . وأدخل بعد ذلك تعديل شامل على أحكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، فصدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ يلغيه ويحل محله ، فيها عدداً مواد الوقود فقد فصلت عن المواد الخاصة بالمناجم ، والمهاجر وبقيت أحكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ سارية بالنسبة إلى مواد الوقود وحدها . واستثنيت الأملاح التبخرية من تطبيق أحكام القانون رقم ٨٦

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ - ص ١٨ - والسبب أن ملكية الكنز تكون لصاحب الأرض بحكم القانون وحده ، كما سيبيح عند الكلام فى الاستيلاء فى الجزء التاسع من الوسيط .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

لسنة ١٩٥٦ ، إذ أن هذه الأملاح لا تعتبر من مواد الثروة المعدنية لئلا يحصر الصناعات فيها ، وهذا ما تضمنته فعلا القانون رقم ٤٥٦ لسنة ١٩٥٤ .
فالقانون المعمول به الآن في شأن المناجم والمهاجر هو القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ، وقد نشر في الوقائع المصرية في ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ وعمل به من هذا التاريخ . وسنبين في إيجاز أحكام هذا القانون فيما يتعلق بحقوق للدولة وحقوق مالك الأرض في المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر .

٣٥٦ - المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر تعتبر من أملاك

« البروتة » : لما كانت المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر توجد في باطن الأرض ، فقد كانت قبل صدور التشريعات المشار إليها ملكا لصاحب الأرض . ولكن لما كانت هذه المواد تعتبر من دعائم الثروة التي يقوم عليها الاقتصاد القوي في البلاد ، فقد وجب تنظيمها بقوانين خاصة توفق بفكر الإمكان ما بين حقوق مالك الأرض ومراعاة جانب الاقتصاد القوي .
وباستغلال المناجم والمهاجر ليس من الأمور الهينة . ولا يستطيع مالك الأرض منعزلا ، بل لا يستطيعه ملاك الأراضي المتلاصقة إذا نقصتهم رؤوس الأموال للضخمة التي يقتضيها هذا الاستغلال والخبرة الفنية العالية التي لا تتوافر عادة إلا لدى الشركات القوية المتخصصة .

لذلك كان من أهم نصوص قانون المناجم والمهاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ لائنص الذي يقضى باعتبار المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر ملكا للدولة ، فنزع بذلك عن أصحاب الأراضي التي يوجد في باطنها هذه المواد ملكيتهم إياها . إذ نصت المادة ٣ من قانون المناجم والمهاجر على أن « يعتبر من أموال للدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم في الأراضي المصرية والمياه الإقليمية ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المهاجر عدا مواد البناء - الأحجار الجيرية والرملية والرمال - التي توجد في المهاجر التي تثبت ملكيتها للغير »^(١).

(١) انظر في فرنسا أن الدولة لا تمك المناجم إلا من وقت إعطاء التزام بها ، وأن المناجم إلى ذلك الوقت تبقى ملكا لصاحب الأرض : پلانول وديبير وبيكار ٣٠١ - أما في مصر فظاهر أن الدولة تمك المواد المعدنية وخامات المهاجر ، فهذه المواد والخامات تعتبر من أموال الدولة بصريح النص . ولذلك تكون عقود استغلالها هي عقود التزام (concession) كما هو -

والمواد المعدنية هي : المعادن وخاماتها ، والعناصر الكيماوية والأحجار الكريمة وما في حكمها ، والصخور والطبقات والرواسب المعدنية التي توجد على سطح الأرض أو في باطنها ، وكذلك المياه المعدنية الخارجة من باطن الأرض إذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها . ولا تشمل في ذلك الأملاح البحرية التي تستخرج بطريق التبخير ، ويكون الترخيص باستغلالها بقرار من وزير التجارة والصناعة « (م ١ / ١ قانون المناجم والمحاجر) . ويجب التمييز بين المواد المعدنية الموجودة بالمناجم ، والمناجم ذاتها وهي باطن الأرض التي توجد فيه هذه المواد . فالذي أصبح ملكا للدولة هي المواد المعدنية ، أما المناجم أي باطن الأرض فتظل مملوكة لصاحب الأرض على حكم الأصل إن كان للأرض صاحب ، فله أن يستعملها ويستغلها في أغراض أخرى غير استخراج المعادن

وخامات المحاجر هي : مواد البناء والرصف ، والأحجار الزخرفية ، وخامات اللون ، والملاط ، والأحجار الصناعية ، واللولوميت ، ورمال الزجاج ، وما يماثلها « (م ٣ / ١ قانون المناجم والمحاجر) . ويجب التمييز هنا أيضاً بين هذه الخامات وهي وحدها التي أصبحت ملكا للدولة ، وبين المحاجر أي باطن الأرض الذي يحتوي على هذه الخامات وهذا بقي على حاله مما وكلا لصاحب الأرض إن كان لها صاحب . على أن من خامات المحاجر ما بقي هو أيضاً على حاله مملوكا لصاحب الأرض ، وهذه هي مواد البناء من الأحجار الحيرية والرملية والرمال ، كما هو صريح نص المادة الثالثة من قانون المناجم والمحاجر فيما رأيناه .

٣٥٧ - الكشف والبحث وبوستنول فيما يتعلق بالموارد المعدنية

بالتأميم - حقوق مالك الأرض : ولما كانت المواد المعدنية بالمناجم هي ملك للدولة كما قلنا ، فقد أتيح - حتى سنة ١٩٦٣ - لمن يملك الوسائل اللازمة من شركات وجمعيات ومؤسسات وديانات وأفراد أن يكشفوا عن هذه

— الأمر في سائر الأمور العامة . وتكون سلطة الدولة بالتدخل في حلقتها بالتزام . أما علاقة مالك الأرض بكل من الدولة والتزام . وطبيعة حقوقه وحل في حقوق شخصية أرضية ، وإذا كانت صلة فن أنه نوع هي ، فهنا هو على البحث فيما يلي .

المعادن : طبقا لإجراءات ووفقا لنظام رسمه قانون المناجم والمهاجر : قد جعل هذا القانون لهذه العملية مراحل ثلاثا : الكشف والبحث والاستغلال .

(فالمرحلة الأولى) هي مرحلة الكشف : ويراد بالكشف عن المواد المعدنية اختبار مطح الأرض أو باطنها بجميع الوسائل : وعلى الأخص الوسائل الجيولوجية والجيوفيزيكية التي تؤدي إلى التعرف على المعادن من خواصها الطبيعية والمغناطيسية أو الكهربائية أو غيرها ، أو على حفر اختبار أو ثقب للتحقق من وجود أو احتمال وجود مواد معدنية : (م ١/٢ قانون المناجم والمهاجر) . ولكل شركة أو هيئة أو فرد حرية الكشف عن المواد المعدنية ، وتعد مصلحة المناجم والمهاجر سجلات لتقيد أسماء الكاشفين .

(والمرحلة الثانية) هي مرحلة البحث : فن كشف عن خام من خامات المواد المعدنية عليه أن يبلغ عنه مصلحة المناجم والمهاجر ، وعلى هذه المصلحة أن تسجل له حق الكشف . ويكون للكاشف حق الأولوية في الحصول على ترخيص في البحث عن هذا المعدن . بشرط أن يقدم بطلب الترخيص خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان المصلحة عن الكشف . فإذا انقضت هذه المدة ولم يقدم الكاشف بطلب الحصول على ترخيص في البحث : كانت الأولوية وفقا لأمسية التقيد في سجل أعد للطلبات التي ترد على مصلحة المناجم والمهاجر للترخيص في البحث عن المواد المعدنية^(١) . ويشترط لمنح ترخيص في البحث أن تتوافر لدى الطالب الكفاية الفنية اللازمة لهذا الغرض . وأن يلتزم بإتفاق ما تستلزمه أعمال البحث على الوجه الذي توافق عليه مصلحة المناجم والمهاجر . ويصدر الترخيص من وزير الصناعة ، طبقا لأنموذج يصدر به قرار من مجلس الوزراء ، وللجنة التي يحددها الطالب . ويجوز تجديدها بشرط ألا تزيد المدة أصلا وتجديدا على أربع سنوات . ويحصل من كل ترخيص في البحث إيجار سنوي بواقع خمسة وعشرين جنيها عن كل كيلو مترين مربعين من مساحة البحث . ويعتبر كل جزء من هذه الوحدات وحدة كاملة .

(١) وتكون الأولوية للمصري على الأجنبي في الحصول على ترخيص البحث ، إذا لم يجسر تحديد الأولوية على هذا الوجه . كما تكون للمصري الأولوية في الحصول على حقوق الاستغلال عن طريق المزايدة ، إذا تساوت العروض . وعلى الأجنبي الذي منح ترخيصا في البحث ، أو أبرم معه عقد استغلال ، أن يتخذ له في جمهورية مصر موطن ، وأن يحتفظ في هذا الموطن بالدفاتر والمستندات الخاصة بأعمال البحث والاستغلال .

(والمرحلة الثالثة) هي مرحلة الاستغلال : ويكون المرخص له في البحث في أثناء سريان مدة الترخيص حق الحصول على عقد استغلال عن كل المساحة المرخص له في البحث فيها أو في بعضها ، ويصدر عقد الاستغلال بقرار من وزير الصناعة . ويشترط لإصدار عقد استغلال معدن ما في مساحة معينة أن يسبقه ترخيص في البحث عن ذلك المعدن في تلك المساحة وأن يثبت المرخص له في البحث وجود الخام الممكن تشغيله^(١) . ويصدر عقد الاستغلال مطابقاً للأنموذج الموضوع له والصادر به قرار من مجلس الوزراء ، وللمدة التي يحددها الطالب بحيث لا تتجاوز ثلاثين عاماً ، ويجدد العقد للمدة التي يحددها المستغل بشرط ألا تتجاوز مدة ثلاثين عاماً أخرى . ويجوز بالاتفاق بين الوزارة والمستغل تجديد العقد بعد ذلك بالشروط التي يتفق عليها ، وفي هذه الحالة يكون التجديد بقانون . ويجوز إلغاء العقد إذا أوقف الاستغلال لمدة ثلاث سنوات متتالية على الأقل ولم يتم المستغل من جانبه بالتغلب على الأسباب التي يحصل بمقتضاها على إعفائه من التزامات التشغيل ، أو إذا أوقف الاستغلال دون الحصول على هذا الإعفاء كتابة ، وذلك بناء على اقتراح مصلحة المناجم والهجر وموافقة وزير الصناعة^(٢) . ويؤدي المستغل ، علاوة على حصة الحكومة في الاستغلال ، إلى مصلحة المناجم والهجر مقدماً كل سنة

(١) واستثناء من هذه الأحكام يجوز إصدار عقد الاستغلال ، دون ترخيص سابق في البحث ، في المساحات التي يتبين لمصلحة المناجم والهجر وجود المعدن فيها بكميات تسمح باستغلاله . وتدرج مصلحة المناجم والهجر في سجل خاص كل ما هو معروف لها من هذه المساحات ، ويبلغ الاطلاع على هذا السجل في كل وقت . ويطلع في مزاد عامة ما ترى المصلحة طرحه منها وما يقدم عنه طلبات للاستغلال ، وفي هذه الحالة تحصل المزايدة خلال ستة أشهر من تاريخ الطلب ، فإذا لم يقدم أحد المزايدة منح عقد الاستغلال للأخير من مقدمي الطلبات .

(٢) والمستغل أو لصاحب حق الاستغلال أن يطلب من وزير الصناعة ترخيصاً أو أكثر ، على سبيل الحماية ، طبقاً للأنموذج يصدر به قرار من مجلس الوزراء ، عن مساحة ملاصقة للمساحة التي يستغلها أو يطلب استغلالها ، بشرط ألا يزيد مجموع مساحة الحماية على مساحة الاستغلال وأن تكون مساحة الحماية المطلوبة خالية من أي حق لغيره عليها . وتكون تراخيص الحماية لمدة التي يحددها الطالب ، بحيث لا تتجاوز مدة الاستغلال ، ويؤدي المرخص له لإيجار سنوي عن مساحة الحماية بواقع عشرة أضعاف الإيجار المقرر لمساحة الاستغلال . ويجوز ترخيص الحماية المرخص له حق القيام بأعمال البحث ، وله في أثناء سريان مدة الترخيص حق الحصول على عقد استغلال في مساحة الحماية كلها أو بعضها .

بصفة إيجار من كل هكتار أو جزء من الهكتار من مساحة الاستغلال مبلغ خمسة جنيهات على ألا يقل الإيجار عن أربعين جنيهاً في السنة^(١).

وقد احتفظ قانون المناجم والمهاجر بحقوق المالك الأرض التي توجد المناجم في باطنها . إن وجد . فنصت المادة ١٥ من هذا القانون على أن « يعني مالك السطح الذى يبلغ عن وجود خامات معدنية في أرضه من قيد اسمه في سجل الكاشفين المشار إليه في المادة ٧ . ويكون له حق الأولوية على الغير في البحث والاستغلال متى طلب ذلك . ومنح ترخيص البحث أو عقد الاستغلال بغير مزايده . ويعنى في حالة البحث أو الاستغلال من الإيجار المنصوص عليه في المادتين ١١ و ٢١ إذا قام بالبحث أو الاستغلال بنفسه . ويسقط حق المالك السطح في البحث أو الاستغلال : إذا أخطرته مصلحة المناجم والمهاجر بكتاب موصى عليه مع علم الوصول بوجوب طلب الترخيص في البحث أو عقد الاستغلال خلال ثلاثة أشهر وانقضى هذا الميعاد دون أن يتقدم بالطلب . وفي حالة الترخيص في الاستغلال للغير . يكون لمالك السطح الحق في نصف الإيجار من مصلحة المناجم والمهاجر » . ويتبين من ذلك أن مالك الأرض له الأولوية في البحث عن المواد المعدنية في أرضه وفي استغلالها : ولا يؤدى إيجاراً لا عن البحث ولا عن الاستغلال . وله أن يستعمل حق الأولوية هذا في خلال ثلاثة أشهر من وقت إخطاره باستعماله . وإذا منح الترخيص في الاستغلال للغير ، كان لمالك الأرض الحصول على نصف الإيجار الذى يدفعه المستغل^(٢) . وقضت كذلك المادة ٢٣ من قانون المناجم والمهاجر بأن على من يقوم بأعمال الكشف : وعلى المرخص له في البحث في أرض الغير ، أن يمنع عن أى عمل من شأنه الإضرار بسطح الأرض أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه . فإذا ترتب على عمله أى ضرر بسطح الأرض أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه التزم بالتعويض . وتتولى تقدير التعويض : بناء على طلب صاحب الشأن ، لجنة تشكل بقرار من وزير الصناعة ، وتمثل فيها مصلحة

(١) انظر في أن حق المستغل في فرنسا هو حق عيني قائم بفاته ، وليس حقاً شخصياً أو حق ملكية : پلاتيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٢٤ ص ٥٣٨ .

(٢) وفي فرنسا لمالك الأرض الحق في جمل (redevance trefondière) بمجده مرسوم الالتزام (decree de concession) . انظر في طبيعته وقأنه إيراد دائم : پلاتيول وريبير وبيكار فقرة ٥٤٤ - وانظر آنفاً ص ٥٧٧ هامش ١ .

المناجم والمهاجر وغرفة المناجم والمهاجر والبتروك والصناعية والجهات الحكومية المختصة . ويجوز المعارضة في قرار اللجنة ، طبقاً للأوضاع المقررة في القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين .

٣٥٨ - تراخيص استغلال المهاجر - مفقود مالك الأرضه : تكون الأولوية في الحصول على تراخيص استغلال المهاجر لمن سبق إلى تقديم طلب بذلك^(١) . ويصدر عقد الاستغلال بقرار من وزير الصناعة ، مطابقاً للأنموذج الموضوع له والصادر به قرار مجلس الوزراء ، وللمدة التي يحددها الطالب بشرط ألا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاثين . ويجوز تجديد العقد مرتين ، بحيث لا يتجاوز المدة في كل مرة خمس عشرة سنة . ويجوز بالاتفاق بين وزارة الصناعة والمستغل تجديد العقد بعد ذلك لمدة أخرى وبالشروط التي يتفق عليها ، وفي هذه الحالة يكون التجديد بقانون . ويجوز إلغاء العقد ، إذا أوقف العمل في المجرملة تزيد على تسعين يوماً دون إذن كتابي من مصلحة المناجم والمهاجر . وتؤدي إتاوة ، أدناها عشرون ملياً وأقصاها ستمائة ملياً عن كل متر مكعب من الأحجار ، في نهاية كل ستة أشهر مباشرة (انظر م ٢٧ من قانون المناجم والمهاجر)^(٢) . ويؤدي المرخص له مقدماً إيجاراً سنوياً تحدده لجنة يصدر بتشكيلها قرار من وزير الصناعة ، وفي حالة عدم قبول المرخص له الإيجار المحدد يطرح استغلال المهاجر في مزادة عامة على أساس الإيجار الذي حددته اللجنة . وللجنة أن تقرر الاكتفاء بالإيجار دون الإتاوة عن كل محجر ترى أن حالته تستوجب ذلك ، كما لها أن تخفض الإيجار إذا رأت ما يسوغ ذلك . أما المهاجر التي تقرر عليها إتاوة وإيجار ، فيحصل عنها أكبر القيمتين . ويجوز للجنة أن تعيد النظر في تقدير الإيجار في أثناء سريان مدة العقد بالنسبة إلى

(١) وتكون الأولوية للمصري على الأجنبي إذا لم يتيسر تحديد الأولوية على هذا النحو ، كما تكون للمصري الأولوية في الحصول على هذه التراخيص عن طريق المزادة إذا تساوت العروض .
(٢) وقد كانت هناك إتاوة مفروضة على استغلال المواد المستخرجة من المناجم ، ولكنها ألغيت بالقانون الأخير للمناجم والمهاجر (رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) ، إلا فيما يتعلق بخامات الوقود التي بقيت محكومة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، وذلك اكتفاء بالضريبة المقررة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٣٩ والقوانين المعدلة له ، وقد تقرر هذا الإلغاء جرياً على سيطرة تشجيع صناعة الحديد في مصر (المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) .

للعقود التي مدتها عشر سنوات على الأقل . إذا رأت المصلحة ذلك أوبناء على طلب المرخص له ، وبشرط إبداء أسباب جدية . وبعد انقضاء خمس سنوات على الأقل على تقدير اللجنة السابق^(١) . وإذا لم يتم المرخص له ينقل الكميات التي استخرجها من المحجر حتى نهاية مدة العقد . آلت ملكية المواد الباقية إلى الحكومة . ما لم يقدم المرخص له خلال الخمسة عشر يوما السابقة على تاريخ انتهاء العقد طلبا لحفظ حقه في نقل هذه المواد في المدة التي تحددها له المصلحة . وبشرط أداء مبلغ يوازي مثل الإتاوة المقررة عن تلك المواد .

أما الحقوق التي احتفظ بها القانون (م ٣٢ قانون المناجم والمحاجر) للمالك الأرض التي يوجد بها المحجر إن وجد . فهي الترخيص لهذا المالك في أن يستخرج من المحجر ما يحتاج إليه من مواد البناء بقصد استعماله الخاص دون استغلالها ، مع إعفائه من الإيجار والإتاوة^(٢) . ويكون للمالك الأولوية على الغير في الحصول على الترخيص في الاستغلال من الأرض المملوكة له ، وفي هذه الحالة يعني من الإيجار دون الإتاوة . ويسقط حقه إذا بلغ بوجوب أن يطلب الترخيص خلال شهرين وانقضى الميعاد دون طلب ، وفي هذه الحالة يجوز

(١) انظر م ٢٨ من قانون المناجم والمحاجر . وتنص المادة ٣٠ من هذا القانون على أنه « في عقود استغلال المحاجر التي ترمم لمدة ستة يجوز للمستغل ، قبل انتهاء هذه المدة وبعد انقضاء مدة لا تقل عن ستة شهور من تاريخ ابتداء العقد أو تجديده ، أن يستبدل بالمحجر محجرا آخر من نوعه في المنطقة ذاتها ، بالشروط المنصوص عليها في العقد ولمدة الباقية منه ، إذا ثبت المصلحة بما يبرر هذا الاستبدال . وبشرط أن يقوم طالب الاستبدال بأداء كل ما هو مستحق عليه من إتاوات عن المواد التي استخرجها من المحجر المراد استبداله قبل استلام المحجر الجديد . ويكون الاستبدال مرة واحدة فقط . ويجوز لإيجار المحجر الجديد على الوجه المبين في المادة ٢٨ ، فلذا زاد هنا الإيجار على الإيجار القديم التزم للمستغل بأداء الفرق بين التبعيتين في الأجل التي تحدده المصلحة ، وإلا سقط حقه في الاستبدال . وإذا قل الإيجار الجديد عن القديم ، فليس له المطالبة بالفرق » .

(٢) يبدو أن المقصود بمواد البناء هنا المواد غير التي استثنت في المادة ٣ من قانون المناجم والمحاجر ، أو غير الأحجار الجيرية والرملية والرمال ، إذ أن هذه المواد الأخيرة تعتبر ملكا لصاحب الأرض كما سبق القول (انظر أيضا فقرة ٣٥٦) . فلا يحل لإعفائه من الإيجار والإتاوة على شيء هو مملوك له . وإنما يعني من الإيجار والإتاوة فيما هو غير مملوك له من مواد البناء والركب والأحجار الزخرفية وخامات المون إلخ إلخ . (انظر المادة ٣/١ من قانون المناجم والمحاجر) -

جليل إسماعيل خاتم فقرة ٣٣ ص ٦٧ حاشي ١ .

الترخيص للغبر و استغلال المحجر ، ويكون لصاحب الأرض الحق في الحصول على نصف الإيجار .

٣٥٩ - أملازم مشترك للمناجم والمهاجر : تنص المادة ٥٠ من قانون المناجم على أنه « يجوز أن يرخص بقانون لوزير التجارة والصناعة في أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمهاجر إلى شركة أو جمعية أو مؤسسة بشروط خاصة استثناء من أحكام هذا القانون ، وتحدد هذه الشروط في القانون الصادر بالترخيص » .

وتنص المادة ٣٦ على أن « ترخص مصلحة المناجم والمهاجر ، لأغراض تشغيل المناجم والمهاجر ، بإنشاء الطرق العامة ، أو مد خطوط السكك الحديدية أو خطوط الأسلاك الهوائية والكهربائية والتلفونات ، أو بإنشاء المطارات أو خطوط الأنابيب أو المراسي وما يتبعها كأحواض التشوين وغيرها ، وذلك بالاتفاق مع المصالح المختلفة . وما يلزم من الأراضي غير المملوكة للحكومة لهذه الأعمال تنزع ملكيته ، طبقاً لأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه (قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة وللتحسين) . وتعتبر الأراضي اللازمة لهذه الأغراض من الأموال العامة » .

وتنص المادة ٥ على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام المادة ١١٤٥ من القانون المدني (امتياز بائع المنقول) لا يجوز الحجز على الآلات ووسائل النقل والجر وغيرها المخصصة لاستغلال المناجم والمهاجر ، مادام هذا التخصيص قائماً » .

٣٦٠ - القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ : وقد صدر أخيراً القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ ، ونشر في الجريدة الرسمية في العدد الصادر في ١٨ أغسطس سنة ١٩٦٣ ، ويقضى في أهم أحكامه بما يأتي :

- ١ م - تنتهي تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم ، وكذلك عقود استغلال المحبس والرمال البيضاء ، الممنوحة للأفراد أو شركات القطاع الخاص
- ٢ م - توهم الأصول المستخدمة في الاستغلال ، وتؤول ملكيتها إلى الدولة
- ٢ م - يرخص لوزير الصناعة في إسناد استغلال المناجم والمهاجر المشار إليها إلى شركات القطاع العام .

ويقين من هذه الأحكام أنه فيما يتعلق بالمناجم لم يعد لشركات القطاع الخاص ، مصرية كانت أو أجنبية ، ولا للأفراد المصريين أو الأجانب . الحق في الحصول على ترخيص في البحث أو في عقد للاستغلال . ولا يجوز لغير شركات القطاع العام الحصول على شيء من ذلك . وهذا هو الحكم أيضا فيما يتعلق بالمهاجر في شأن استغلال الجبس والرمال البيضاء ، أما في شأن الخامات الأخرى للمهاجر غير الجبس الرمال البيضاء فلا يزال جائزا منح عقود استغلال للأفراد ولشركات القطاع الخاص . ولكن يبدو أن المادة ٥٠ من قانون المناجم والمهاجر ، وهي التي تقضي بجواز الترخيص بقانون لوزير الصناعة في أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمهاجر إلى شركة أو جمعية أو مؤسسة ، ولو كانت تابعة للقطاع الخاص أو كانت أجنبية ، بشروط خاصة ، لا يزال معمولاً بها^(١) .

المبحث الثاني

امتداد الملكية إلى الملققات والخامات والمنتجات

٣٦١- نص قانوني : تنص المادة ٨٠٤ مدني على ما يأتي :

« لملك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته . ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك »^(٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٨/١١^(٣) .

(١) انظر آتفا فقرة ٣٥٩ - ويلاحظ أن الواجب صدور قانون في الأحوال المذكورة في المادة ٥٠ المشار إليها . فيعتبر هذا القانون استثناء من أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٤ من المشروع ائتمدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٢ في المشروع النهائي ، ثم مجلس النواب تحت رقم ٨٧١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٤ (دوعة الأعمال التصديرية ٦ ص ٢٠ - ص ٢١) .

(٣) التقنين المدني السابق م ٢٨/١١ : الملكية هي الحق لملك في الانتفاع بما يملكه ، والتصرف فيه بطريقة مطلقة ، ويكون بها ملك الحق في جميع ثمرات ما يملكه سواء كانت طبيعية أو عارضية ، وفي كافة ما هو تابع له . (ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨١٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٤٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢^(١) .

ويبين من النص سالف الذكر أن الملكية لا تقتصر فحسب على الشيء ذاته ، بل هي تمتد أيضاً إلى ما يلحق بالشيء وما يتفرع عنه ، فتمتد إلى الملحقات (accessoires) والثمار (fruits) والمنتجات (produits) .

٣٣٣ - الملحقات : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « تشمل الملكية ، عدا الشيء المملوك نفسه بكامل أجزائه ، ما يتفرع عن الشيء وهو أنواع ثلاثة : (أ) الملحقات (accessoires) ، وهي كل ما أحد بصفة دائمة لاستعمال الشيء ، طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ، كحقوق الارتفاق والحقار بالتخصيص . (ب) ... (ج) ... وهذا كله ما لم يوجد اتفاق مخالف ، فقد يتفق المتعاقدان على أن ملكية الشيء تنفصل عن ملكية ملحقاته أو منتجاته ، أو يوجد نص في القانون يقضى بغير ما تقدم كالتصديق الذي يجعل الثمار للحائز حسن النية دون المالك »^(٢) .

وتوجد نصوص متناثرة في التقنين المدني تبين في أماكن مختلفة ماهو المقصود بالملحقات ، تذكر منها النصين الآتيين :

(أولاً) نص المادة ١٠٣٦ مدني المتعلق بالرهن الرسمي ، ويقضى بأن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، وتشمل بوجه

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨١٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٤٨ : الملك التام من شأنه أن يصرف به المالك تصرفاً مطلقاً

فيها يملكه عينا ومنفعة واستغلالاً ، فينتفع بالعين المملوكة وبفلقها وثمارها ونتاجها ، ويتصرف في بعضها بجميع التصرفات الجائزة . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢ : إن ملكية عقاراً تتحول لصاحبها الحق في جميع ما ينتجها العقار ، وفيما يتحد به عرقاً ، سواء أكان ذلك الاتحاد أو الإنتاج طبيعياً أو اصطناعياً . (وأحكام القانون اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) مجموعة الأعمال الصحفية ٦ ص ٢٠ - ص ٢١ .

خاص حقوق الارتفاق والمقارن بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ... ٤ .

(ثانياً) نص المادة ٤٣٢ ملغى المتعلق بالبيع ، ويقضى بأن « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقاً لما تقتضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

وقد سبق أن بينا ، عند الكلام فى البيع^(١) ، الفرق بين أصل الشيء وملحقاته . فالشيء يشتمل على أجزائه . وهذه ليست من الملحقات بل هى الأصل . وأجزاء الدار - التى هى الأصل - تشتمل على الأرض والبناء القائم والسلم والرداهات والخديقة إن وجدت . ونعاه الشيء يدخل فى أصله لا فى ملحقاته ، فهناك الحيوان أى كبره ما بين البيع والتسليم داخل فى أصله . أما ملحقات الشيء فهى شئ غير الأصل والنماء . لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته . وهى ليست متولدة من الأصل كما تتولد الثمار والمنتجات ، بل هى شئ مستقل عن الأصل غير متولد عنه ، ولكنه أعد بصفة دائمة ليكون تابعا للأصل وملحقا به . فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشى وآلات لزراعة أرضه ، فلها لا تعتبر من الملحقات . وكون الشيء يعتبر من ملحقات شئ آخر أو لا يعتبر يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر فى اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات ، وإلى عرف الجهة كما هو الأمر فى عدم اعتبار المشاغل والنشطاء من الملحقات . وقد يوجد اتفاق - أو تصرف قانونى كوصية - باعتبار شئ من الملحقات ، فعندئذ يجب اعتباره كذلك .

وكذلك سبق أن أوردنا . عند الكلام فى البيع^(٢) ، تطبيقات مختلفة لما يعتبر من الملحقات . فإذا كان الشيء أرضاً زراعية - دخل فى الملحقات حقوق الارتفاق . والمواشى والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالتخصيص ، وكذلك الخازن ووزان المواشى وبيوت الفلاحين . وإذا كان الشيء داراً ، ألحق بها الأفران المثبتة فى المطابخ والبنورات المثبتة فى الحمامات

(١) الوسيط ٤ فقرة ٣٠٢ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٣٠٣ .

وأجهزة الإضاءة والتسخين وتكييف الهواء وما إلى ذلك . أما الأبواب والشبابيك والشرفات والمصاعد ، فهذه تعتبر أجزاء من الدار لا ملحقات لها^(١) . وإذا كان الشيء مصنعا ، دخل في ملحقات المخازن التي تودع فيها المصنوعات ، والمنازل التي أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعبهم ونحو ذلك . وإذا كان الشيء حيوانا ، دخل في ملحقاته الصوف الشعر ولو كان بهياً للجز ، أما نتاج الحيوان فيعد من المنتجات لا من الملحقات . وإذا كان الشيء سيارة . فإن عجلاتها وأجهزة الإدارة فيها تعتبر من أجزائها فهي أصل ، أما العدد والآلات المعدة لإصلاح السيارة ولتسييرها ، وكذلك الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها . وإذا كان الشيء أسهما وسندات . فإن قسائم الأرباح (الكوبونات) تعتبر من الثمرات لا من الملحقات . وإذا ربح السند جائزة اعتبرت جزءاً من السند ، أو هي في القليل من منتجاته . وإذا كان الشيء منقولا آخر . دخل في ملحقاته الصنوف التي يحتويه إن وجد ومستند ملكيته .

٣٦٣ — الثمار : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : (ج) الثمرات (fruits) وهي كل ما ينتجه الشيء من غلة متجددة . وقد تكون الغلة طبيعية (naturel) كالزروع الذي يخرج في الأرض من تلقاء نفسه ، أو صناعية (industriel) كالحصول الذي يكون من عمل الطبيعة والإنسان ، أو مدنية (civil) كأجرة الأراضي والمساكن^(٢) .

والذي يميز الثمار أمران : (١) أنها غلة دورية متجددة ، أى أنها تتجدد عادة في أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع . (٢) أنها مع تفرعها عن الشيء لا تمس أصله ولا تنتقص منه ، بل يبقى الأصل على حاله دون نقصان . وهي ، كما تقول المذكرة الإيضاحية ، أنواع ثلاثة : (١) ثمار طبيعية ، وهي من عمل الطبيعة لا تدخل للإنسان فيها ، كالكلأ والأعشاب التي تذب في الأرض دون عمل الإنسان . ومن الفقهاء من يعتبر نتاج الحيوان ، لا من

(١) انظر في أجزاء البناء المعلقة له آتفا فقرة ١١ .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ٢١ .

المنتجات - بل من الثمار الطبيعية^(١). (٢) ثمار صناعية . وهى التى ينتجها عمل الإنسان . كالمزروعات وفواكه البساتين وخشب الأشجار إذا كانت معدة لتقطع على وجه دورى منتظم وعسل النحل وحرير دودة القز . (٣) ثمار مدنية . وهى الربيع النورى المتجدد الذى يقبضه المالك من استنفاذه لشيء ، أى يقبضه من الغير لقاء نقل منفعة الشيء إلى هذا الغير ، وذلك كأجر المساكن والأراضي الزراعية^(٤) . وفوائد الأسهم والسندات ورؤوس الأموال بوجه عام . وما تدفعه مصلحة المناجم والمخاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر .

والأصل أن الثمار ملك لصاحب الشيء . إلا إذا نص القانون على غير ذلك . كما نص على جعل الثمار للحائز حسن النية .

٣٦٤ - المنتجات : جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :
(ب) المنتجات (produits) . وهى كل ما يخرج من الشيء من ثمرات غير متجددة . كما هو الأمر فى المناجم والمحاجر^(٥) .

وتتميز المنتجات بعكس ما تتميز به الثمار : (١) فهى غير دورية ولا متجددة بل تخرج من الشيء فى أوقات متقطعة غير منتظمة . (٢) وهى ترمى أصل الشيء وتنقص منه ، فالمعادن التى تخرج من المناجم ، والأحجار التى تخرج من المحاجر ، تنهى بعد وقت طويل أو قصير إلى أن تنفذ . ومن ثم كانت هذه المعادن والأحجار منتجات لا ثمارا^(٦) . وتعتبر أوضاع الإيراد

(١) أوبرى ود ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٩ - پلانيول وبيير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢٥٥ - كولان وكابيتان ودى لاموراندفير ١ فقرة ٩٧٦ ص ٧٨٤ - إسماعيل غانم فقرة ٣٥ ص ٦٩ - شفيق شحاتة فقرة ٧٨ ص ١٠١ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢١٥ ص ٢٨٤ - وانظر م ٥٨٣ مدنى فرنسى .

(٢) أما نصيب صاحب الأرض فى المزارعة فيعتبر من اثمار الصناعية (ديراتون ٤ فقرة ٥٢٢ - توليه ٣ فقرة ٤٠٠ - ديجولوب ١٠ فقرة ٣٨٦ - أوبرى ود ٢ فقرة ١٩٢ هامش ٢٤) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١ .

(٤) على أنه إذا أعد الشيء إعدادا خاصا من شأنه تمكين المالك من الحصول على إيراد دورى متجدد ، فإن ما ينتج من الشيء فى هذه المواعيد الدورية يعتبر ثمارا ، ولو كان من شأنه المساس إلى حد ما بمجموع الشيء . (أوبرى ود ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٩ - پلانيول وبيير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٦ - بيدان ٤ فقرة ٣٢٠ كولان وكابيتان ودى لاموراندفير ١ فقرة ٩٧٦ ص ٧٨٤) . من -

المرتب لدى الحياة من المنتجات لا من الثمار ، لأنها تنقص من الأصل إلى أن ينفذ بموت صاحب الإيراد ، وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة . أما أقساط الإيراد الدائم ، فهذه ثمار لا منتجات : لأنها دورية متجددة ولا تنقص من الأصل ، شأنها في ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات . وفي رأينا أن إنتاج الحيوان من المنتجات لا من الثمار ، لأنها إذا كانت لا تنقص من الأصل إلا أنها غير دورية^(١) .

والغدير بين الثمار والمنتجات على النحو الذى يبينه ليست له أهمية عملية بالنسبة إلى مالك الشيء نفسه ، فهذا يملك الثمار والمنتجات دون أى تمييز . وإنما تظهر الأهمية العملية للتمييز إذا انتقل الشيء إلى يد غير المالك ، ويقع ذلك في فرضين : (أولا) إذا انتقل الشيء إلى يد حائز ، فإن الحائز إذا كان حسن النية يكسب الثمار دون المنتجات ، وإذا كان سيئ النية لم يكسب هذه ولا تلك . وتنص المادة ٩٧٨ مدنى في هذا المعنى على أن ١ - يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية . ٢ - والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما . ثم تنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن « يكون الحائز سيئ النية مستولا من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » . (ثانيا) إذا انتقل الشيء إلى يد منتفع (usufruitier) ، فإن المنتفع يكون من « حق ثمار الشيء دون منتجاته » . وقد نصت المادة ٩٨٧ مدنى فى هذا المعنى على أن « تكون ثمار الأشياء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه ، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدنى على ما يأتى : « وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع

= ذلك إبعاد الأرض لقطع ما فى جوفها من أحجار ، أو إبعاد القاية لقطع ما بها من أشجار ، بصورة دورية . فإذا تقرر لشخص حق انتفاع على الأرض أو القاية بعد أن أعدت ذلك الإعداد ، كان المنتفع أن يقطع الأحجار أو الأشجار بوصفها ثمارا بموجب حقه فى الاستغلال . أما إذا لم تكن الأحجار أو الأشجار قد أعدت لقطع قبل نشوء حق الانتفاع ، فإنها تعتبر منتجات ، فيكون قطعها تصرفا لا استغلا ، فلا يجوز لغير المالك القيام به (إساعيل خانم فقرة ٣٥ ص ٧٠) (١) قارن رأيا آخر فى أنها من الثمار الطبيعية لا من المنتجات أيضا فقرة ٣٦٣ .

يُزْعَق قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجره الأرض عن هذه الفترة من الزمن (١) .

الفرع الثاني

وسائل حماية حق الملكية

٣٦٥ - دعوى الاستحقاق وعدم جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها

إبشروط : تتمثل وسائل حماية حق الملكية في أمرين : (١) تقرن بحق الملكية دعوى تحميها ، وهذه هي دعوى الاستحقاق . (٢) لا يجوز أن يحرم أحد ملكه ولا يجوز نزع ملكيته جبراً عنه إلا بشروط .

المبحث الأول

دعوى الاستحقاق

(L'action en revendication)

٣٦٦ - دعوى الاستحقاق برحم عام وسألت إثبات : تلقى نظرة عامة على دعوى الاستحقاق ، ولما كان أبرز مسألة هذه الدعوى هي مسألة إثبات الملكية فنورد هذه المسألة يبحث خاص .

§ ١ - دعوى الاستحقاق بوجه عام

٣٦٧ - كل دعوى استحقاق : دعوى الاستحقاق هي التي يكون عليها المطالبة بملكية الشيء ، عقاراً كان أو منقولاً . فهي إذن الدعوى التي تقوم لحماية الملكية ، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه للدعوى على الغير (٢) .

(١) انظر في ذلك بلانويول وديبور وبيكار ٣ بقرة ٢٥٥ ص ٢٥٦

(٢) وقد يطالب الشخص بإثبات ملكيته لشيء ، لا في دعوى الاستحقاق فحسب ، بل في أحوال أخرى ، كما إذا أصاب الشيء تلف وعند ذلك يتكلف من يطلب التعويض بإثبات ملكيته لهذا =

وهي لا تطلق إلا على الدعوى العينية التي يطالب فيها بالملك . فهي إذن لا تطلق على الدعاوى الشخصية التي يطلب فيها المدعى رد الشيء إليه . فالمؤجر إذا رفع دعوى على المستأجر برد العين المؤجرة ، والمعير إذا رفع دعوى على المستعير برد الشيء المعار ، والمودع إذا رفع دعوى على المودع عنده برد الشيء المودع ، والمشتري إذا رفع دعوى على البائع بتسليم الشيء المبيع ، والراهن حيازة إذا رفع دعوى على الدائن المرتهن برد العين المرهونة ، كل هؤلاء لا يرفعون دعاوى استحقاق ، وإنما يرفعون دعاوى شخصية قائمة على التزامات نشأت من عقود الإيجار والعارية والوديعة والبيع ورهن الحيازة . فليسوا إذن في حاجة إلى إثبات الملكية ، بل كل ما يطلب منهم هو إثبات العقد الذي أنشأ التزاما برد الشيء^(١) . ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعاوى العينية التي يطالب فيها المدعى برد الحيازة لا الملك ، فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى حيازة لا دعوى استحقاق . ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعاوى العينية التي يطالب فيها المدعى بحق عيني آخر غير حق الملكية ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى الإقرار ، بحق عيني (action confessoire) ، وإذا رفعها المالك على من يمسك بحق عيني على ملكه تكون دعوى الإنكار لحق عيني (action négatoire) وهي في

= الشيء ، وكما إذا نزع ملكية عقار المنفعة العامة فيكلف من يدعى ملكية هذا العقار ليقاضى التمييز عنه بإثبات ملكيته له (كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٣٠٧) .

(١) كذلك دعوى فسخ البيع واسترداد المبيع ، أو دعوى الرجوع في الهبة واسترداد الشيء المرهوب ، ليست بدعوى استحقاق ، لأنها دعوى شخصية لا دعوى عينية ، وكل من المشتري والمرهوب له يرد الشيء ، بعد فسخ البيع أو الرجوع في الهبة ، بناء على التزام شخصي في ذاته هو رد غير المستحق .

وهناك فروق بين دعوى الاستحقاق ودعاوى الاسترداد ، منها : (أ) دعوى الاستحقاق تدفع ضد حائز الشيء ، أما دعاوى الاسترداد فتدفع ضد مدين بالذات . (ب) دعوى الاستحقاق لا يكون محلها إلا شيئا ماديا معينا بالذات ، أما دعاوى الاسترداد فيمكن أن يكون لها نفوقا أو شيئا غير معين بالذات . (ج) يطلب في دعوى الاستحقاق إثبات الملكية ، أما في دعاوى الاسترداد فيطلب إثبات مصدر الالتزام بالرد . انظر في ذلك عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٠٦ ص ٢٤٨ - ص ٢٤٩ .

الحائزين ليست بدعوى استحقاق لأن محل الدعوى هو حق عيني آخر غير الملكية .

فدعوى الاستحقاق إذن هي ، كما قلنا ، الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي بالملكية .

٣٦٨ — طرفا الدعوى : المدعي في دعوى الاستحقاق هو من يطالب بملكية الشيء ، والمدعى عليه يكون عادة هو الحائز لهذا الشيء^(١) . وهذا الوضع المألوف يرجع إلى أن المالك لا يطالب عادة بملكية شيء هو في حيازته وتحت يده ، وإنما يطالب بملكته عندما يخرج من حيازته إلى حيازة شخص آخر ، فعندئذ يرفع على الحائز دعوى الاستحقاق مطالباً بالملكية ورد الشيء إليه . وقد كان في المشروع التمهيدى للتقنين المدني نص صريح بهذا المعنى يقضي بأن المالك الشيء أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق... ، فحذف هذا النص في لجنة المراجعة ، اكتفاء بالقواعد العامة^(٢) .

ويصح ، في بعض الأحوال ، أن يكون للمدعي هو نفسه الحائز للشيء ، ويرفع دعوى منع التعرض في الملكية على من يتعرض له فيها . ولكن المألوف في هذا القرض ، إذا كانت حيازة المدعي للشيء قد توافرت فيها شرائط الحيازة ، أن يقتصر على التمسك بالحيازة ، فلا يرفع دعوى منع التعرض في الملكية بل دعوى منع التعرض في الحيازة . ومع ذلك قد يضطر إلى رفع دعوى منع

(١) فإذا كان الحائز الشيء لم يستوف شروط الحيازة ، وبخاصة إذا كان يحوز الشيء بالنيابة من غيره كالمتأجر والمستجير والمودع عنده والمرتهن ومن حيازة ، كما جاز للمدعي ، أن يدخل الحائز (المؤجر أو المير أو المودع أو الرامن ومن حيازة) خصماً ثالثاً في دعوى الاستحقاق . والحائز حيازة عارضة عنه ذلك أن يطلب إخراجه من الدعوى . وليس من الضروري أن يكون الحائز حسن النية ليكون مدعي عليه في دعوى الاستحقاق ، فالحائز سيئة النية يكون أيضاً مدعي عليه وإن كانت الحيازة بسوء نية لا تقوم في هذه الحالة قريبة على الملكية . ونرى من ذلك أن الحيازة ، حتى تكون قريبة على الملكية ، يجب أن تكون بحسن نية . ويستوى أن تكون الحيازة بحسن نية أو بسوء نية ليكون الحائز هو المدعي عليه في دعوى الاستحقاق . ولكن من الناحية العملية يفرض في الحائز ، باعاً ذي بدء ، أنه حسن نية ، فإذا أقيم للمدعي دعوى الاستحقاق وأثبت الملكية ، كان له أن يثبت أيضاً أن الحائز كان في حيازته سيئة النية (انظر حازو فقرة ١٤٦٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٢٢ — ص ٢٣ .

التعرض في الملكية إذا لم تكن حيازته قد استوفت شرائطها أو لم تستكمل مدتها طبقاً للقواعد المقررة في دعاوى الحيازة ، أو انقضت المدة التي يجوز في خلالها رفع دعوى الحيازة . وقد يلجأ الحائز أيضاً ، وإن كان هذا نادراً ، إلى دعوى منع التعرض في الملكية مع إمكانه رفع دعوى الحيازة ، إذا رغب أن يتعجل حسم النزاع بشأن الملكية مع من يتعرض له فيها ، إما لأن أدلة الملكية متوافرة تحت يده حالا ويخشى من فقدانها أو فقد بعضها فيها إذا اكتفى برفع دعوى الحيازة ، أو لأي سبب آخر يرى معه الخير في التعجيل ومجابهة دعوى الملكية على الفور ^(١) . ولكن المألوف كما قلنا هو غير ذلك ، فدعوى الحيازة ، إذا توافرت شرائطها وملدها ، أيسر بكثير من دعوى الملكية ، فتكون عادة هي المقدمة الطبيعية لدعوى الملكية . ويكتفى الحائز برفع دعوى منع التعرض في الحيازة أو دعوى استرداد الحيازة ، حتى إذا استقرت الحيازة في يده أحرز الشيء وانتفع به انتفاع المالك . وتريص بعد ذلك حتى إذا رآه من ينزاعه في الملكية وقد رفع دعوى الاستحقاق عليه ، كان -- وهو الحائز للشيء -- المدعى عليه في دعوى الاستحقاق ، فلا يكلف بإثبات ملكيته ^(٢) والذي يقع عليه عبء الإثبات هو المدعى ^(٣)

(١) بلانفون وروبير وهيكار ٣ ققرة ٣٥٥ .

(٢) استئناف نخل ١٥ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٣ - ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧٨ - ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٣٤ ص ١٦٨ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٧٥ ص ٦٤ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٥ - ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٥ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٢٩ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٣ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١٥ - وإذا انزعزت الحيازة من الحائز ، ولم يتردع في إعياءه للقانون ، لم يستطع أن يتسلح بهذه الحيازة السابقة لإضافته من عبء إثبات الملكية (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٥) .

(٣) ويكلف المدعى بإثبات ملكيته هو ، لا بإثبات عدم ملكية المدعى عليه . فإذا عجز المدعى عليه عن إثبات ملكيته ، لم يكن هذا سبباً في الحكم بالملكية للمدعى مادام هذا لم يثبت ملكيته . وقد قضت محكمة النقض بأن من الخطأ أن تفعل المحكمة بحث سند ملكية المدعى للأطيان وبحث ملكية المدعى عليه لها ، فإن قوض السلم قالوا هو تحقيق سبب المدعى ، فإن ثبت له حق له طلب إبطال التصرف الحاصل من المدعى عليه ، أما مجرد عدم ثبوت ملكية المدعى عليه فلا يقتضي ثبوتها للمدعى ولا أحقيه فيما طلبه (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٩ موعة المكتب لثقي في حصة وعشرين =

وما دام المؤلف هو أن يكون الحائز لشيء هو المدمى عليه في دعوى الاستحقاق ، فقد يرفع المطالب بالملكية هذه الدعوى على الحائز^(١) ، فيعده بعد إعلانه بالدعوى ، إلى التخلّي عن الحيازة ، أو يتخلّى عنها قبل الإعلان وهو صبيّ النية أى يعلم أن الإعلان بالدعوى وشيك الوصول إليه . ويكون غرض الحائز من تخلّيه عن الحيازة أن يربك المدمى ، وأن يدفع دعوى الاستحقاق بانعدام صفته كدعى عليه في هذه الدعوى إذ أنه لا يجوز الشيء المدمى ملكيته . فإذا أثبت المدمى أن المدمى عليه كان يحوز الشيء ، وأنه تخلّى عن الحيازة بعد الإعلان أو قبل الإعلان وهو صبيّ النية ، حكم القاضي دلي المدمى عليه بإلزامه أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده إلى المدمى بعد أن يثبت هنا ملكيته لإياه ، أو أن يوفى قيمته إلى المدمى مع التعويض إن كان له عمل . وإذا استطاع المالك بعد ذلك أن يكشف عن الحائز الجديّد لشيء المدمى بملكيته ، جاز له أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق . فإذا ما أثبت ملكيته تجاه الحائز

٢٠٠٠ عام ٢ ص ٩٩٣ . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم قد قضى يرفض دعوى المدمى بتثبيت ملكية لأوّل من حمل الزاع تأسيساً على أن هذه الأرض لا تدخل في مستندات تملكه ولا هو تملكها بوضع اليد ، وكان هذا القضاء مقاماً على أسباب مؤدية إليه ، فلا يحدى المدمى ما ينداء على هذا الحكم في خصوص تحدّثه عن ملكية المدمى عليه (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب التقني في خسة وعشرين عاماً ص ٩٩٣) . وقضت أيضاً بأن تقرير الحكم أن المدمى عليه لم يكسب ملكية الأطنان التي يطلب المدعيان ثبوت ملكيتها لها بأيّ سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بذاته وبطريق القزوم ثبوت ملكيتها للمدعين . كذلك لا يكتفى أن يقرر الحكم أن مستندات هذين الأخيرين تشمل الأطنان المتنازع عليها ، وأنها من ذلك تكون ملكاً لها ، من غير بيان هذه المستندات وكيفية إقادتها هذه الملكية . وإذن فحق كان الحكم إذ قضى بثبوت ملكية المدعين للأطنان قد أقام قضاءه على أن المدمى عليه لم يكسب ملكية هذه الأطنان بأيّ من عقلي شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة ، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأطنان إلى المدعين من آخر كان قد اشتراها في حين أنها ليس من ورثته ، ولم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشتري وإخوته ، ولا من كيفية إقادته ملكية المدعين - متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصراً مستوجب للنقض (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب التقني في خسة وعشرين عاماً ص ٩٩٣) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب التقني في خسة وعشرين عاماً ص ٢٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب التقني في خسة وعشرين عاماً ص ٢٨ .

(١) حق لو كان الحائز يحوز الحساب غيره . إذ عليه في هذه الحالة أن يعلن اسم هذا الغير حتى يخاله المدمى خصماً في الدعوى (بودري وشولر نقرة ٢٢٣ - أوبري ورو نقرة ٢١٩ ص ٥٢٧ - ٥٢٨ - دلايول وديير وبيكار نقرة ٣٥٥ ص ٢٥١)

الجديد واسترد الشيء ، كان عليه أن يرد الحائز الأول ما عسى أن يكون قد استوفاه منه مقابل الشيء ، بعد استئزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص في قيمته ، واستئزال التعويض الذي يستحقه عن الضرر الذي أصابه من حرمانه الانتفاع بالشيء^(١) . وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن نصا يورد هذه الأحكام ، فكانت المادة ١١٦٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : ١ - يجوز أن ترفع دعوى الاستحقاق على من تخلى من تلقاء نفسه عن حيازته للشيء وكان ذلك بعد إعلانه بالدعوى ، وعلى من تخلى قبل الإعلان إذا كان سبي النية - ٢ - وعند ذلك يكون المدعى عليه في دعوى الاستحقاق ملزما أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده إلى المالك ، فإذا لم يستطع فعله أن يوفيه قيمته مع التعويض إذا كان له محل . ٣ - على أنه يجوز للمالك أن يسترد الشيء من الحائز الجديد ، فإذا ما استرده كان ملزما أن يرد إلى الحائز الأول ما عسى أن يكون قد استوفاه منه مقابل الشيء ، بعد استئزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص في قيمته . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة و اكتفاء بالقواعد العامة^(٢) .

(١) ومن ذلك أن يمنع على المالك أن يسترد الثمار من حائز جديد حسن النية (عبد المنيم البداروى فقرة ٢٠٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ - ٢٣ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص : « والأصل في دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه دائما في هذه الدعوى . على أنه قد يتعاضل فينبخل عن الحيازة ، سواء كان ذلك بعد إعلانه بدعوى الاستحقاق أو قبل إعلانه ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يدفع الدعوى بأنه غير ذي صفة فيها لتخليه عن الحيازة ، بل يبق مدعى عليه . وفي هذا توسع في دعوى الاستحقاق ، نقل عن المشروع الإبطال (م ٢١/٤ و ٣ و ٤) . على أن الدعوى في هذا الترض تكون أقرب إلى الدعوى الشخصية منها إلى الدعوى العينية . فإن المتخلى عن الحيازة يحكم بإلزامه أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده إلى المالك في مبادعهده الحكم ، وإلا ألزم بدفع مبلغ يحدده الحكم أيضاً على سبيل التعويض . وظاهر أن هذا التزام مبنى على العمل غير المشروع الذي أتى به المتخلى عن الحيازة . وقد يتفق أن المالك بعد أن يستوفى التعويض يعترف الحائز ، فيرفع عليه دعوى الاستحقاق ويسترد منه ملكه ، وعليه في هذه الحالة أن يرد للمتخلى عن الحيازة ما استوفاه من التعويض بعد استئزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص في قيمته ، وبعد استئزال التعويض الذي يستحقه عن الضرر الذي أصابه من حرمانه الانتفاع بالشيء . على أنه لا يوجد ما يمنع المتخلى عن الحيازة ، إذا رفض عليه دعوى الاستحقاق على الوجه الذي تقدم ، أن يدخل الحائز شعباً ثالثاً في الدعوى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤ - ٢٥) .

٣٦٩ - دعوى الاستحقاق المنقولة - إعماله : فإذا كان الشيء المدعى

ملكه منقولاً ، ورفع المدعى دعوى الاستحقاق على حائز المقول ، فإن الحائز يستطيع دفع هذه الدعوى بانقضاء التي تقضي بأن الحيازة في المنقول مستند الملكية . فترفض دعوى المدعى حتى لو أثبت ملكيته للمنقول . فإن الحيازة تكون في هذه الحالة قد نقلت الملكية إلى المدعى عليه . واقتروص في ذلك أن يكون الحائز حسن النية وقد تلقى المنقول من غير المدعى . فيكون قد تعامل مع غير المالك ، فننقل الحيازة إليه ملكية المنقول . أما إذا كان الحائز قد تلقى المنقول من المدعى نفسه ، فإن قاعدة الحيازة لا مجال لها هنا . والمدعى لا يرفع في هذا الفرض دعوى الاستحقاق على الحائز ، بل يقتصر على الطعن في السبب الذي تلقى به الحائز المنقول منه ، فيتمسك مثلاً بأنه سبب غير نازل للملكية فهو إيجار أو عارية أو وديعة أو نحو ذلك ، أو يتمسك بأنه سبب نازل للملكية ولكنه معيب بما يجعله معلوم الأثر^(١) .

فدعوى الاستحقاق في المنقول لا ترفع إذن إلا في المنطقة التي تعمل فيها قاعدة الحيازة ، وعندئذ تحسم الحيازة النزاع في الملكية ، فإنها إذا استوفت شرائطها وكانت مصحوبة بالسبب الصحيح وحسن النية نقلت ملكية المنقول إلى الحائز ، وانحسم النزاع في دعوى الاستحقاق^(٢) . فتحل إذن في دعوى الاستحقاق المنقولة إلى ما سيبحثه عند الكلام في قاعدة الحيازة .

(١) مازو ققرة ١٦٢٩ وققرة ١٦٢٢ ص ١٣٠٠ .

(٢) أما إذا لم تستوف قاعدة الحيازة شرائطها ، بأن لم يكن هناك ملا سبب صحيح أو كان الحائز سوء النية ، فإن الحيازة لا تنتقل الملكية إلى المدعى عليه . ويجوز إذن للمدعى في دعوى استحقاق المنقول أن يثبت ملكيته للمنقول ، ولو بحيازة سابقة مدونة بحسن نية وسبب صحيح ، فيسترد المنقول من الحائز .

وعلى ذلك ترفع دعوى الاستحقاق في المنقول إذا كان الحائز سوء النية ، فعندئذ يستطيع المالك أن يسترد المنقول من الحائز ما لم يكن هذا الأخير قد تملكه بالتقادم المكسب بمضي خمس عشرة سنة . كذلك يمكن أن ترفع دعوى استحقاق المنقول على الحائز حسن النية إذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً ، فعندئذ يكون للمالك رفع دعوى الاستحقاق في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . ولا تعتبر مدة ثلاث السنوات مدة تقادم سقط ، بل هي مدة إسقاط تشمل في خلالها قاعدة الحيازة حتى ينشئ للمالك التدور على الشيء الضائع أو المكتشف عن الشيء المسروق .

وتقتصر هنا على الكلام في دعوى استحقاق العقار ، وإذا أطلقنا عبارة
« دعوى الاستحقاق » قصدنا بها دعوى الاستحقاق العقارية .

٣٧٠ - دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة : تحمي الحيازة دعوى ثلاث

تسمى بدعاوى الحيازة (actions possessoires) ، وهي دعوى استرداد
الحيازة إذا فقدتها الحائز ، ودعوى منع التعرض إذا بقيت الحيازة للحائز
ولكن تعرض له فيها أحد ، ودعوى وقف الأعمال الجديلة إذا هدد الحائز في
حيازته بأعمال لو تمت كانت تعرضا لهذه الحيازة .

ويقابل دعاوى الحيازة الثلاث هذه دعاوى ملكية (actions pétitoires)
ثلاث ، مهمتها حماية الملكية لا الحيازة . فيقابل دعوى استرداد الحيازة دعوى
استرداد الملكية وهذه هي دعوى الاستحقاق ، ويقابل دعوى منع التعرض
في الحيازة دعوى منع التعرض في الملكية ، ويقابل دعوى وقف الأعمال
الجديلة في الحيازة دعوى وقف الأعمال الجديلة في الملكية .

ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضي إلا أن يثبت المدعي حيازته مستوفى
لشرائطها ، أما دعاوى الملكية فتقتضي أن يثبت المدعي ملكيته للشيء وهو
إثبات أشد مشقة بكثير من إثبات مجرد الحيازة ، لذلك يلجأ المالك عادة إلى
دعاوى الحيازة ليحتمى بها حيازته . ولا يتكلف مشقة الإثبات بعد ذلك كما
قلنا ، بل على من يدعي الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز ،
ويتحمل هو دون الحائز عبء إثبات الملكية ، وهو عبء شاق كما سبق
القول . ومن ثم حلت دعاوى الحيازة في العمل محل دعاوى الملكية ، وأخذت
عنها في كثير من الأحوال .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن نصا يعيد دعاوى
الملكية ، فكانت المادة ١١٦٥ من هذا المشروع تنص على أن « المالك الشيء
أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق ، وأن يطالب من تعرض
له فيه بالكف عن التعرض ، وإذا خشى تعرضا كان له أن يطالب بمنع
وقوعه » (١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :
« والوسيلة الثانية لحماية حق الملكية هي دعاوى الملكية التي وضعت على غرار

دعوى الحيازة ، ولكن هذه أكثر استعمالاً لسهولة . فذلك أن يسترد ملكه من أى يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق ، وله أن يطلب منع تعرض الغير للملك ، وإيقاف كل عمل لو تم لكان تعرضاً . ولكنه في هذه الدعوى الثلاث يطلب بإثبات حق ملكيته . وأهم هذه الدعوى وأكثرها انتشاراً هي دعوى الاستحقاق . والأصل في دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه في هذه الدعوى (١) . هذا وقد حذف نص المادة ١١٦٥ من المشروع التمهيدى سالف الذكر في لجنة المراجعة واكتفاء بالقواعد العامة (٢)

٣٧١ - هـرم سقوط دعوى استحقاق بالتقادم - إجماع : ترفع دعوى الاستحقاق في أى وقت يرى من يدعى ملكية الشيء رفعها فيه ، فليس لها أجل محدد تزول بأقضائه . وإذا كانت الحقوق العينية الأخرى تزول بعدم الاستعمال مدة معينة ، وكانت الحقوق الشخصية تزول هي أيضاً بالتقادم المسقط ، فإن حق الملكية ، دون غيره من الحقوق ، لا يزول بعدم الاستعمال . ومن ثم لا تسقط دعوى الاستحقاق بالتقادم . ويستوى في ذلك العقار والمقتول ، فدعوى الاستحقاق في كل منهما لا تسقط بالتقادم (٣) .

ومهما طال المدة التي يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه ، فإنه لا يفقد ملكيته بعدم الاستعمال ، ويستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق بعد خمس عشرة سنة أو ثلاثين أو أربعين أو أكثر . ولكن إذا كان الشيء الذي خرج من حيازته دخل في حيازة شخص آخر ، واستطاع هذا الشخص الآخر بموجب هذه الحيازة أن يكسب ملكية الشيء بالتقادم ، فإن المالك الأصلي تزول حقه الملكية ولا يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الذي ملك بالتقادم . ويرجع ذلك ، لا لأن المالك الأصلي قد فقد ملكيته بعدم الاستعمال أو سقطت

(١) حوطة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٢٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٢٣ .

(٣) وذلك صرح في مصر ، وكذلك في فرنسا بالرغم من أن المادة ٢٢٦٢ مدني فرنسي تنص بأن كل الدعوى ، مبنية كانت أو شخصية ، تسقط بالتقادم بعد ثلاثين سنة . وذلك راجع إلى أن حق الملكية حق دائم فلا يسقط بالتقادم (انظر في هذا المعنى ملزو ققرة ١٦٢٨ ص ١٢٩٧ - انظر في سقوط دعوى استحقاق المقتول بالتقادم پلانيول وريبير وبيكار ٢ ققرة ٢٠٤) .

دعواه في الاستحقاق بالتقادم المسقط ، ولكن لأن هناك شخصا آخر قد حاز الشيء وكسب ملكيته بالتقادم المكتسب .
وقد فصلنا كل ذلك فيما تقدم . إن الكلام في دوام حق الملكية ، نرجل هنا إلى ما قلناه هناك (١) .

٣٧٢- ما يستتبع الحكم بأول مستحق من عقوق في الرد : فإذا حكم المدين في دعوى الاستحقاق باستحقاقه للعقار المدين بملكته ، فإنه يحكم في الوقت ذاته على المدين عليه الحائز للعقار بإلزامه وتسليم العقار إلى المدين . وقد يكون المدين عليه هذا قد اشترى العقار من غير مالك ودفع له الثمن ، فلا يرجع بالثمن على المدين الذي استحق العقار لأن هذا لم يكن طرفا في عقد البيع ، وليس ملزما بالضمان (٢) . وإنما يرجع المدين عليه بالثمن وبضمان الاستحقاق على البائع الذي اشترى منه العقار ، وفقاً لما تقتضيه به القواعد العامة في ضمان البيع (٣) .

ويقتض الحكم باستحقاق المدين للعقار أبوابا لرجوع المالك على حائز العقار ، ولرجوع حائز العقار على المالك . فهناك من جهة الثمار والمنتجات وهلاك الشيء أو تلفه ، وقد يستوجب ذلك رجوع المالك على حائز العقار . وهناك من جهة أئبى المصروفات التي قد يكون حائز العقار أنفقها والمنشآت التي قد يكون قد أقامها ، وهذه تستوجب رجوع الحائز على المالك . وقد أورد التقنين المدني أحكام كل ذلك في مواضع عظيمة ، أهمها المكان الذي أورد فيه أحكام الحيازة والمكان الذي أورد فيه أحكام الالتصاق ، وسنبحث كل مسألة منها في المكان الذي خصصه لها التقنين المدني .

ونكتفي هنا بإيراد بعض النصوص التي عرضت لهذه المسائل . ففما يتعلق بالثمار تقتضى المادة ١/٩٧٨ مدني بأن يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام

(١) انظر ألفا فقرة ٣٢٠ .

(٢) وذلك حتى لو كان المدين عليه قد اشترى العقار في الزاد العاق تنفيذاً لدين (أوبري

ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٩) .

(٣) لكن إذا كان المدين عليه قد استعمل جزءاً من الثمن في سداد تكاليف عينة كانت تغفل العقار ، فإنه يرجع بذلك على المدين الذي استفاد من زوال هذه التكاليف (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٣٥٩) .

حسن النية ، وتقتضى المادة ٩٧٩ مدنى بأن « يكون الحائز سبب النية مسئولاً من وقت أن يصبح سبباً عن جميع الثمار التى يرفضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسرد ما أنفق فى إنتاج هذه الثمار » . أما المنتجات ، وهى غير الثمار الدورية المتجددة ، فهذه يزدها الحائز جميعاً . وهى لوقيمتها - المالك . وفيما يتعلق بالهلاك أو التلف نصت المادة ٩٨٣ مدنى على أنه « ١ - إذا كان الحائز حسن النية وانضع بالشئ وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانضع . ٢ - ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشئ من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما خاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » . ونصت المادة ٩٨٤ مدنى على أنه « إذا كان الحائز سبب النية ، فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشئ . أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه » .

وفيما يتعلق بالمصروفات قضت المادة ٩٨٠ مدنى بأنه : « ١ - على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يردى إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية » . أما المصروفات التالفة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ (الخاصتين بالاتصاق) . ٣ - فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » . وفيما يتعلق بالمنشآت فلها تصبح ملكاً للمالك بحكم الاتصاق ، ويعوض المالك من أقام المنشآت طبقاً للقواعد المنصوص عليها فى المواد ٩٢٣ - ٩٣٠ مدنى ، وسيأتى تفصيل أحكامها عند الكلام فى الاتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية .

٣٧٣- إثبات الملكية فى دعوى الاستحقاق : أشق مسألة فى دعوى الاستحقاق هى مسألة إثبات الملكية ، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعى^(١)

(١) فإذا لم يتم المدعى بإثبات ملكيته رفضت دعواه ، وليس على المحكمة أن تبحث فى ملكية المدعى عليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب المحكمة لرفض دعوى الملكية أن تستدرك ذلك إلى حيز المدعى عن إثبات دعواه ، دون أن تكون بحاجة إلى بيان أساس ملكية المدعى عليه . ومن ثم -

كما قدمنا . ووجه المشقة في هذه المسألة هو أن الملكية حتى شامل جامع مانع كما سبق القول ، وهو نافذ تجاه الناس كافة . ولا يعرف القانون سنداً يثبت الملكية إثباتاً مباشراً حاسماً على هذا النحو ، إلا عن طريق السجل العيني (Livre Foncier) ، فجرد تسجيل العقار باسم شخص معين في هذا السجل دليل قاطع على ملكية هذا الشخص للعقار بالنسبة إلى الكافة .

وما دام السجل العيني لم يعم في مصر حتى الآن ، فإنه لا يتوافر في الوقت الحاضر هذا الدليل المباشر الحاسم على الملكية . فلا بد إذن من الالتجاء إلى طرق غير مباشرة وإلى القرائن في إثبات الملكية ، كما هو الأمر في فرنسا التي لم يوجد فيها السجل العيني حتى اليوم . وقد لجأ القضاء ، وسار على أثره الفقه ، في فرنسا وفي مصر ، إلى سلسلة من القرائن والاحتمالات ليست هي في ذاتها دليلاً مباشراً حاسماً على الملكية ، ولكنها على كل حال توحى ، بقدر ما يستطيع في الظروف الخاصة لكل قضية ، بأن الخصم الذي قدم هذه القرائن يتطلب أن يكون هو المالك ، أو في القليل يكون قد قدم احتمالات أرجح وقرائن أقوى من الاحتمالات والقرائن التي قلمها خصمه^(١) .

وننتقل الآن إلى طرق الإثبات التي أقرها القضاء والفقه في إثبات حق الملكية ، وقد كان للفقهاء المعروفين أوبري ورو الفضل الأول في دعم هذه الطرق في الفقه وفي توجيه القضاء في تنظيمها وترتيبها بحسب قوتها والمفاضلة فيما بينها^(٢) .

§ ٢ - طرق إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق^(٣)

٢٧٤ - طرق إثبات ولائها يعنيته : قلنا أنه إثبات الملكية على وجه

= فإن التي على خطأ الحكم المطعون فيه فيا استلزم إليه مزيداً في شأن الدليل على ملكية المدعى عليه في دعوى الملكية يكون غير متنج (نقص ملك ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ وجم ١٠٨ ص ٦٨٥) - وانظر ألفا ص ٥٩٤ هامش ٢ .

(١) انظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٢ .

(٢) مارك وريتر فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٠ .

• مراجع : E. Lévy في إثبات الملكية العقارية بسند التملك رسالة من باريس سنة ١٨٩٦ -

Sandino في إثبات الملكية العقارية في القانون الفرنسي رسالة من إكس سنة ١٩٠٨ - Gresser

في إثبات الملكية والحقوق المتفرعة عنها رسالة من باريس سنة ١٩١٣ - Bentkowski

حاسم قاطع عن طريق سند تملك يثبتها بطريق مباشر أمر متعذر . وليأن ذلك نفرض أن المدعى في دعوى الاستحقاق قدم عقد شراء سنداً للمكيته ، فذلك لا يكفي ، إذ يجب أن يثبت أيضاً أنه اشترى من مالك حتى تكون الملكية قد انتقلت إليه . فإذا هو قدم سند ملكية البائع له ، وهو أيضاً عقد شراء صادر له من سلفه ، فذلك لا يكفي ، إذ يجب أن يثبت أن البائع لباعته كان مالكا وقت أن باع للبائع . ثم إن عقد الشراء الصادر للبائع لا يكفي هو أيضاً ، إذ يجب أن يثبت أن البائع لبائع البائع كان مالكا وقت أن باع . وهكذا تتسلسل سندات التملك إلى ما لا نهاية ، ويكون الدليل الذي يطالب به المدعى أمراً متعذراً ، بل هو كما يقال دليل شيطاني (probatio diabolica) . ومن ثم يثبت في وضوح أنه لا يمكن السير في هذا الطريق .

والذي يمكن الوقوف عنده ، طريقاً لإثبات الملكية ذا دلالة يقينية ، طرق ثلاثة :

(الطريق الأول) السجل المعيني (Liver Foncier) ، فهمة هذا السجل أن يجعل تسجيل ملكية العقار ذا دلالة يقينية قاطعة ، وهو حجة على الكافة ، ففي سجل عقار فيه باسم شخص معين كان هذا الشخص هو المالك ، ما في ذلك من ريب . ولكن السجل المعيني لم يعمل بعد في مصر ، بل هو لما يبدأ ، فوجب التماس طريق آخر .

(الطريق الثاني) التقادم المكسب الطويل أو القصير : وهذا طريق آخر للإثبات ذو دلالة يقينية قاطعة في ثبوت الملكية ، ففي أثبت المدعى أنه حاز العقار ، هو وسلفه من قبله ، مدة خمس عشرة سنة متوالات دون انقطاع وأن حيازته هذه قد استوفت شرائطها ، فقد تملك العقار بالتقادم وكان هذا دليلاً قاطعاً على ملكيته ، وهو حجة على الكافة ما في ذلك من ريب^(١) . بل

١ في إثبات الملكية العقارية رسالة من مونتهيه سنة ١٩١٩ - Pauline Mendelsohn في إثبات الملكية العقارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ .

(١) ويجب التثبت ، حتى يستثنى بالتقادم عن أي سبب آخر ، من أن التقادم قد استوفى شرائطه ومدته . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع في الدعوى أن عكة الموضوع أسست قضائياً برفض دعوى الطاعن بطلب تثبيت ملكية لعين موضوع النزاع عل ثبوت سيطرة الطاعن عليه خاضعاً مدة تزيد على ١٥ سنة وأن هذه الحيازة ثبتت له عامة منذ شرائه لتلك العين -

يستطيع المدعى ، إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح ، أن يملك العقار بمجازته مدة خمس سنوات متواليات ، ويكون التقادم القصير في هذه الحالة دليلاً قاطعاً على الملكية . ولكن التقادم المكسب ، طويلاً كان أو قصيراً ، غير متيسر في أكثر الأحيان ، فمدة الخمس العشرة سنة مدة طويلة ، ومدة الخمس السنوات يجب أن يصحبها السبب الصحيح وحسن النية ، والمدة لا بد من وقف سريانها أو ينقطع لأسباب مختلفة ، وعند ذلك لا تحسب مدة الوقف ، بل لا يحسب في حالة الانقطاع ما سرى من المدة أصلاً ويجب ابتداء مدة جديدة : (الطريق الثالث) المجازة إذا استوفت شرائطها ، وبوجه خاص إذا لم تقترن بإكراه ولم تحصل خفية ولم يكن فيها لبس^(١) . فعند ذلك تكون المجازة قرينة قانونية على الملكية ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فهي دليل على الملكية إلى أن يقوم الدليل على العكس . وهناك نص صريح في هذا المعنى ، فقد نصت المادة ٩٦٤ مدني على أن « من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس »^(٢) . والمجازة على كل حال طريق لإثبات الملكية ذو دلالة بقرينة ،

= في سنة ١٩٢٩ واثبت أيضاً قبالة له من سنة ١٩٢٣ . وقد استغنت محكمة الموضوع بثبوت المجازة بالمطون عليها الأول والثانية على النحو المتقدم ، وبفرض مدة وضع يدها إلى مدة وضع يده ، عن بحث ما يدعيه الطاعن من ملكيته لعين المتنازع فيها بموجب عقود المسجلة ، بما يدعى به أن هذا البحث غير مجد مادام أن العقود المقدمة من كلا الطرفين ترجع ملكية العين إلى أصليين محتفظين . كما استغنت من بحث ما ادعاء الطاعن من أن المطون عليها الثانية شخصية وهمية لا وجود لها ، بقوله إن هذا البحث أيضاً غير مجد لتعلق النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية . فإن هذا النظر ، الذي تأسس عليه قضاء الحكم المطعون فيه ، يكون مشوباً بالقصور . ذلك أن نتائج الحكم المطعون فيه عن تحقيق ما تملك به الطاعن من أن المطون عليها الثانية شخصية وهمية لا وجود لها كان من قبيل عدم الاعتداد بما تقدم به الطاعن من مستندات لتدليل على ملكيته ، كما كان من نتيجته القول بتوافر مدة التقادم مع ما هو واضح من ذات الحكم المطعون فيه من أن هذه المدة لا تكون مكتسبة إذا ما تبين أن المطون عليها لم تكن ذات وجود فعل ، إذ يمتنع في هذه الحالة إرساد أية مجازة لها (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أسكاف للنقض ص ١١ ص ٥٨) .

(١) وحتى لو كانت المجازة معينة ، فإن الحائز يبق مدعي عليه في دعوى الاستحقاق ، وعلى المدعي أن يثبت ملكيته في سائر الحيات : الصحيحة والمجازة المعينة ، فلا فرق إذن في هذه الناحية بين المجازتين (مازو فقرة ١٦٣٥) .

(٢) وقد جعل التقنين المنقح المجازة المادية قرينة غير قاطعة على المجازة القانونية ، فنصت المادة ٩٦٣ مدني على أنه « إذا تنازع أشخاص متددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بمسقة موقفة أن حائزه هو من له المجازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه المجازة بطريقة معينة » .

إذ هي تفرض في الحائز أنه المالك ، وتنتقل عبء إثبات الملكية من حائزه إلى حائز خصمه ، لولا أنها دليل غير قاطع ، فيجوز للخصم غير الحائز أن يقيم الدليل على أنه ، دون الحائز ، هو المالك (١).

٣٧٥ — طرق إثبات وراثتها ثبوتية : ويوجد إلى جانب طرق الإثبات ذات الدلالة اليقينية التي قدمناها طرق إثبات ذات دلالة ظنية ، فهي قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة (probabilités) ، ولكنها لا تثبت الملكية على وجه يقيني .

وأول هذه الطرق هو سند التملك (titre) . ويقصد بسند التملك سند صادر للخصم يفيد ثبوت الملك له ، دون اعتبار لما إذا كان هذا قد صدر من مالك أو من غير مالك . ولذلك تكون دلالة السند ظنية ، ويؤخذ على أنه مجرد قرينة قضائية نفيد احتمالاً راجحاً ، ويترك ذلك لتقدير القاضي . ولما كان للسند مجرد قرينة قضائية ، فلا يشترط فيه أن يكون مسجلاً ، أو أن يكون ناقلاً للملكية بل يصح أن يكون كاشفاً عن الملكية لا ناقلاً لها . فيستطيع الخصم إذن ، كما يتمسك بعقد بيع أوهبة قرينة على ملكيته (٢) ، أن يتمسك أيضاً بعقد صلح أو قسمة أو حكم قضائي وكل ذلك كاشف عن الملكية لا ناقل لها (٣) . وإذا تمسك بحكم قضائي ، فليس من الضروري أن تراعى فيه شروط حجية الأمر المقضي ، فقد يتمسك بالحكم على خصمه دون أن يكون هذا طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم . وإذا تمسك بعقد ، فليس من الضروري أن يكون الخصم طرفاً في هذا العقد . وذلك لأن كلا من الحكم والعقد لا يحتد

(١) نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ص ١٦٢ .

(٢) استئناف غخط ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٢٢ .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٩٦٤ : دالوز ٦٤ - ١ - ٤١٢ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٥ دالوز ٦٦ - ١ - ٥ - ٢٠ مارس سنة ١٨٨٨ ميريه ٨٩ - ١ - ٦٢ - ٢ يناير سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤٤١ . وانظر بلاتيرول ورييه وبيكار ٣ ققرة ٢٦١ - ١ - ٦٥ دالوز ١٨٦٨ - ١ - ٢٣١٦ - ٢٢ مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ١٨٦٥ - ١ - ٤٧٣ - ٢١ مارس سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٨ - ١ - ٤١٨ - ٢٠ مارس سنة ١٨٨٨ ميريه ٨٩ - ١ - ٦٢)

به هنا إلا على أنه مجرد قرينة قضائية لا تفيد إلا مجرد احتمال ، ويجوز دحض دلالته الظنية بقرينة أخرى أقوى منه (١) .

وبأى بعد سند التملك قرائن أخرى قضائية أثل قوة من سند التملك . وأهم هذه القرائن المكلفة ، فن كلف المقار باسمه يستطيع أن يتخذ من ذلك قرينة قضائية على أنه هو المالك (٢) ، إلى أن تلخص هذه القرينة بقرينة أقوى منها . كذلك يعتبر دفع الأموال (ضرائب الأراضي الزراعية) والعوائد (ضرائب المباني) قرينة قضائية على أن من يدفع هذه الضرائب هو المالك ، ولكنها قرينة يجوز دحضها هي الأخرى بقرينة أقوى منها . وقد تكون حدود المقار وعلامات هذه الحدود القائمة ، أو خريطة فك التزام (٣) ، أو غير

(١) نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ١١٢ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٦ - ١ - ٥ - ٨ يوليو سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ١ - ٣٣٦ - ٢١ مارس سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٢ - ٢٤٠ - ١ أكتوبر سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ - ٣٢٩ ١ - ٥ مارس سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ - ١ - ١٩١ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ١٣ . ويعتبر الحكم أو العقد هنا واقعة مادية (fait matériel) ، تستخلص منه القرينة التقضائية دون مراعاة لشروط حجية الأمر المقضي أو حجية العقد (بلانبول وديبيروييكار ٣ آذار ١٩٢٢) . ولا يجوز أن يكون السند الذي يتسلك به الخصم صادرا منه ، فإنه لا يجوز لشخص أن يصنع بنفسه دليلا لنفسه ، فلا يجوز لبليدة أن تتسلك غلط التنظيم الذي أصدرته هي لتدليل على ملكيتها لمقار معين (إكس ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ٢ - ٤٨٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Revendication بقرة ٣١) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٢ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٧٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بالأحجية لخرائط المساحة في بيان الملكية ، وإنما تبرر فقط عن الواقع المأى (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ بمجموعة المكتب الفني في خسة وعشرين عاما ص ٩٩٣) - والمكلفة وحدها لا تنفي دليلا على الملكية (استئناف مخطوط ١٠ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٦ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٨ - ٢٥ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٨ - ٧ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٧ - ٤ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢٤ - ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٢ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٠ - ١٠ مارس سنة ١٩٤٢ م ٤٤ ص ١٣١) ، ولا الورد المستخلص من المكلفة (استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٥٤ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣٦ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٨ - ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٤ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٥ - ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٣٨ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤) . والإعلام الشرعي دليل على أنصبة الورثة ، ولكنه ليس دليلا على الملكية (استئناف مخطوط ١٧ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٧ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧) . ولا تنفي الشهرة العامة دليلا على الملكية (استئناف مخطوط ٨ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٣) .

ذلك ، قرائن قضائية على الملكية ، ولكنها كلها بطبيعة الحال يجوز دحضها بقرائن أقوى منها . كذلك يعتبر قرينة قضائية تسجيل سند التمليك^(١) ، وسندات الشركاء على الشيوخ^(٢) . وتعتبر الحيابة إذا كانت غير مستوفية لشرائطها هي أيضاً قرينة قضائية تدحض بقرينة أقوى ، فتقلب من قرينة قانونية فيما إذا استوفت شرائطها إلى عرض قرينة قضائية فيما إذا لم تستوف هذه للشرائط^(٣) .

٣٧٦ — تعارضه طرق البرينات : فإذا قدم كل من الخصمين في دعوى الاستحقاق طرق إثباته ، فتعارضت هذه الطرق ، فهناك طريقان قاطعا للدلالة في الملكية ، هما كما قلنا السجل العيني والتقدم المكسب . ففي استطاع الخصم أن يثبت ملكيته عن طريق السجل العيني ، إذا كان هذا السجل ساريا في المنطقة التي فيها العقار المتنازع عليه ، كان هو المالك . ووجب الحكم له بالملك إذا كان هو المدعى ، أو وجب رفض دعوى الاستحقاق إذا كان هو المدعى عليه . فإذا لم يكن السجل العيني ساريا ، واستطاع الخصم أن يثبت أنه تملك العقار المتنازع فيه بالتقدم الطويل أو القصير ، كان هو المالك ، ووجب الحكم له بالملكية أو رفض دعوى الاستحقاق بحسب الأحوال . فإذا لم يكن السجل العيني ساريا ، ولم يستطع الخصم أن يثبت الملكية بالتقدم ، فالصورة المألوفة التي تبقى بعد ذلك أن يكون المدعى عليه في دعوى الاستحقاق هو الحائز للعقار . فيتمسك بالحيابة قرينة قانونية حتى أنه هو المالك ، ويلقى على عاتق خصمه عبء دحض هذه القرينة^(٤) . فإذا لم يقدم للمدعى قرينة أخرى تدحض قرينة الحيابة ، رفضت دعواه ، وبقي الحائز على حيابته . أما إذا قدم المدعى قرينة تعارض قرينة الحيابة ، من سند تمليك أو مكلفة أو دفع الضرائب أو غير ذلك ، وقدر القاضي أن القرينة التي قدمها للمدعى تدحض قرينة الحيابة ، حكم للمدعى بالملكية ، ونزع العقار من يد الحائز وسلم للمدعى . فالقرينة التي تدحض قرينة الحيابة ينبغي أن يترك أمر

(١) مازو ققرة ١٦١٠ .

(٢) أوبري دور ٢ ققرة ٢١٩ ص ٥٣٢ .

(٣) انظر كاريونيه ص ٢٢٦ — ص ٢٢٧ .

(٤) استئناف غنط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧ — ١٨ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٠ .

تقديرها إلى القاضي ، فهو الذى يقدر ما إذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحياة أقوى فرفض دعوى الاستحقاق ، أو أن الاحتمالات المستخلصة من القرائن التى قدمها المدعى هى الأقوى فيقضى له بالملكية^(١) . وقد كان يحسن الوقوف عند هذا الحد ، إلا أن القضاء الفرنسى سار شوطاً أبعد ، فوضع قواعد مستقرة فى هذا الصدد ، هى وإن كانت تتفق فى أكثرها مع منطق حق الملكية إلا أن بعضها منها تنقصه المرونة الكافية التى يواجه بها الظروف المختلفة .

ويلاحظ فى شأن هذه القواعد ما يأتى : (١) أنها قائمة على أساس تحويل الإثبات ، فهى أدلة غير مباشرة ، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن تستخلص منها الواقعة المراد إثباتها . وهذا كما قدمنا ضرب من تحويل الإثبات (*déplacement de preuve*) من محل إلى آخر^(٢) : أى نقل للإثبات من محله الأصل إلى محل آخر . فالواقعة المراد إثباتها أى سبب كسب الملكية وهو المحل الأصل ، يزحزح القضاء عنها الإثبات ، ويحوله إلى واقعة أخرى قريبة منها ، فإذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى اعتبر القضاء واقعة سبب كسب الملكية ثابتة^(٣) . (٢) لم يعرض التشريع - لا التقنين المدنى الفرنسى ولا التقنين المدنى المصرى - لشيء من هذه القواعد . وغير آفعل . ذلك أنه إذا كان يعاب شيء على هذه القواعد ، فهو كما قدمنا فقدما المرونة الكافية فى بعض الحالات . فخير إذن أن تبقى قواعد قضائية يكون التحول عنها حين تطبيق الظروف الخاصة للأفضية المختلفة أيسر

(١) وقد أراد بعض الفقهاء أن يستخلص من ذلك أن الملكية حق نسبى ، فيكون الشخص حاكماً بالنسبة إلى شخص معين ، وغير مالك بالنسبة إلى الأشخاص الآخرين (*gm. Lévy*) فى إثبات الملكية المقارنة عن طريق السند رسالة من باريس سنة ١٨٩٦) . ولكن ذلك لا يستخلص من القضاء الفرنسى ، وكل ما بلغنا إليه هذا القضاء هو تحويل محل الإثبات (*déplacement de l'objet de preuve*) وهذا أمر مألوف فى نطاق قواعد الإثبات (انظر بارتان فى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ حاشى ٦ - پلاتيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٣٦٣ ص ٢٥٩ - ص ٢٩٠) .

(٢) انظر الوسيط ٢ فقرة ١٧٣ ص ٣٢٩ .

(٣) انظر الوسيط ٢ فقرة ٣٢٥ - پلاتيول وريبيروبيكار ٢ فقرة ٢ ص ٣٦٣ - ٣٦٠ -

كما لو كانت قواعد تشريعية^(١) . على أن التفتين المدنى المصرى أورد المبادئ الأساسية لهذه القواعد . ولكن لا فى إثبات الملكية ، بل فى إثبات الحيازة وهى أمون شأننا وأيسر خطبا من الملكية^(٢) . (٣) إن هذه القواعد القضائية ليست هى عين قواعد الدعوى اليبليسية (action publicienne) المعروفة فى القانون الرومانى ، وهى الدعوى التى كان البريطو يعطيا بديلا من دعوى الاستحقاق (revendication)^(٣) .

وتعنى هذه القواعد القضائية عناية خاصة بسند التملك (titre) الذى سبق لنا أن عرفناه^(٤) ، إذ هى تميز بين صور ثلاث : (الصورة الأولى) يوجد سند تملك عند كل من الحصنين . (الصورة الثانية) لا يوجد سند تملك عند أى من الحصنين . (الصورة الثالثة) يوجد سند تملك عند أحد الحصنين دون الآخر .

٣٧٧ — الصورة الأولى — يوجد سند تملك عند كل من الحصنين : فى هذه الصورة الأولى يجب التمييز بين فرضين :

- (١) ومع ذلك قارن الأستاذ محمد على عرفة وهو يقول : « ومن المؤسف حقا أن يفتل المشرع وضع نظام خاص لإثبات الحقوق العينية على غرار ما فعله بالنسبة إلى الحقوق الشخصية ، حوالا يشارك المشرع هذا النقص فى التفتين المدنى الجديد » (محمد على عرفة فقرة ١٧٩) .
- (٢) فقد نصت المادة ٩٥٩ مدنى ، فى خصوص دعوى استرداد الحيازة والمفاضلة بين حيازتى الحصنين ، على ما يأتى : « ١ - إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انتقضت على حيازته سنة وقت فقدها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفصيل . والحيازة الأحق بالتفصيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو قد ادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ . ٢ - أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فلحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من الممتنع » .
- (٣) وبالرغم من وجود بعض وجود الشبه ، إلا أن القواعد التى أقرها القضاء الفرنسى تختلف من الدعوى اليبليسية فى أن هذه القواعد لا تشترط وجود سنة فى يد المضم فالحيازة تكون ، حولا تشترط فى السند أن يكون ناقلا للملكية فيجوز أن يكون كاشفا عن الملكية (بلائبول وديجير نويكار فقرة ٣١٣ ص ٣٥٩ - وانظر أيضا أوبرى وودو ٢ فقرة ٢١٩ حامس ١ - يودى جوشوفر فقرة ٢٣٨ - كولان وكاييتان ودى لاموراندوير ١ فقرة ١٢١٠) . انظر مع ذلك حين يقول إن التواعد التى أقرها القضاء الفرنسى استمعا من الدعوى اليبليسية : ديراتون ٤ فقرة ٢٧٣ وما بعدها و١٦ فقرة ٢١ - ترولون فى التقادم ١ فقرة ٢٢٠ وفى البيع ١ فقرة ٢٣٥ - ديولوسب ٩ فقرة ٤٨١ .
- (٤) انظر آنفا فقرة ٣٧٥ .

(الفرض الأول) أن يكون سنداً تخليك الخصمين صادرين من شخص واحد ، فيتمسك المدعى مثلاً بسند بيع صادر من شخص معين ، ويتمسك المدعى عليه (الحائز) بسند بيع آخر صادر من نفس هذا الشخص . في هذا الفرض تكون العبرة بالأسبقية في التسجيل : فإذا كان السندان مسجلين فأسبقهما تسجيلاً هو الذي يعتد به ويقضى لصالح صاحبه ، وإن كان أحدهما دون الآخر هو المسجل فصاحب السند المسجل هو الذي يقضى لصالحه . أما إذا كان كلا السندين غير مسجل . فأسبقهما في التاريخ هو الذي يعتد به ويقضى لصالح صاحبه^(١).

(الفرض الثاني) أن يكون السندان صادرين من شخصين مختلفين ، نتمسك المدعى مثلاً بسند بيع صادر له من (أ) ، في حين أن المدعى عليه (الحائز) يتمسك بسند بيع صادر له من (ب) . ويلتزم القضاء الرئيسي في هذا الفرض إلى التمييز بين حالتين : (الحالة الأولى) أن تكون حيازة المدعى عليه غير محققة ، بأن كانت غير واضحة وضوحاً كافياً (non suffisamment caractérisée) أو كانت معينة كأن تكون غامضة . ففي هذه الحالة لا يستطيع المدعى عليه أن يرجع المدعى عن طريق الحيازة ، ولا يبق إلا المفاضلة بين سندى الخصمين . فالسند الذي تراه المحكمة أقوى دلالة في الإثبات تقضى لصالح صاحبه . ولا تفضل المحكمة حقاً السند الأقدم في التاريخ (le titre le plus ancien) . ولكن الأسبقية في التاريخ يعتد بها عاملاً من عوامل التفضيل إلى جانب العوامل الأخرى^(٢) . (الحالة الثانية) أن تكون حيازة المدعى عليه حيازة محققة مستوفية لشرائطها . وتقضى المحكمة في هذه الحالة لصالح المدعى عليه وترفض دعوى الاستحقاق ، لأن كلا

(١) بودوي وشوفو ققرة ٢٤٩ - مازو ققرة ١٦٤٢ - ويلاحظ أنه لو كان السندان الصادران من شخص واحد هما وصريان ، فإن صاحب الوصية اللاحقة يفضل على صاحب الوصية السابقة ، لأن الوصية اللاحقة تلغ الوصية السابقة (محمد علي عرفة ققرة ١٨٣ ص ٢٢٢)

(٢) نقض فرنسي ٦ يناير سنة ١٨٩٦ الأول ٩٦ - ١ - ٤٩ - أول يونيو سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ١ - ٥٨ - بلايول وريبير وبيكار ٢ ققرة ٣٥٩ ص ٣٥٥ - ٣٥٦ - وقرب استئناف ٢٩ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٧ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٨ .

من الخصمين قدم سنداً يعادل السند الذى قدمه الخصم الآخر ، فيبهر السندان ، ويبقى المدهى عليه راجحاً بحيازته المحققة . ويستوى في ذلك أن يكون سند المدهى عليه سابقاً في التاريخ على سند المدهى أو متأخراً عنه ، كما يستوى أن تكون حيازة المدهى عليه مابقة في التاريخ على سند المدهى أو متأخرة عنه^(١) . على أن لهذه القاعدة استثناء واحد ، هو أن يثبت المدهى أن سلفه الذى تلقى منه السند كان يفوز على السلف الذى تلقى منه الحائز منه لو أن دعوى استحقاق أقامها أحدهما على الآخر . فبذلك يكون ملف المدهى ملكيته راجحة على ملكية سلف الحائز ، وقد تلقى المدهى هذه الملكية الراجحة بموجب سنده ، فيفضى له باستحقاق العقار^(٢) .

٣٧٨ - الصورة الثانية - روبرت سند تملكه عند أى من الخصمين :

وهنا أيضاً يجب التمييز بين فرضين :
(١) الفرض الأول أن تكون حيازة المدهى عليه حيازة قانونية مستوفية لشرائطها ، فتقوم هذه الحيازة قرينة على الملكية لم يلحظها سند تملكه من المدهى ، فيفضى لصالح المدهى عليه وترفض دعوى الاستحقاق^(٣) . وقد يكون الحائز هو المدهى ، وقد رفع دعوى الاستحقاق على المتعرض له في الملكية كما يقع ذلك في بعض الأحيان^(٤) . فلذا كانت حيازته حيازة قانونية مستوفية لشرائطها ، قامت كذلك قرينة على الملكية لم يلحظها سند تملكه من المدهى عليه : فيفضى لصالح المدهى باستحقاق العقار^(٥) .

(١) نقض فرنسي ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٣ ميري ٩٦ - ١ - ٣٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ ، دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣١٣ - أوبري وري ٢ فترة ٢١٩ م ٥٢١ - ص ٥٢٢ - بلايول وريير وبيكار ٣ فترة ٣٥٩ م ٣٥٦ .

(٢) نقض فرنسي ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ ميري ٩٦ - ١ - ١١٩ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ ، دالوز ١٩٠٦ - ١ - ١٧٥ - أوبري وري ٢ فترة ٢١٩ م ٥٢٢ وحاشي ١٠ - بوبري وشوفو فترة ٢٥٠ - كولان وكاييتان وني لاموراندير ١ فترة ١٣١١ م ١٠٨٨ .

(٣) نقض فرنسي ١٠ يناير سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ٧٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٧٢ ميري ٧٣ - ١ - ١٥٠ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ ميري ٨٦ - ١ - ١٩٩ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢٤٦ - ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ ميري ١٩٠٥ - ١ - ٥٢٤ .

(٤) انظر ألفا فترة ٣٩٨ .

(٥) نقض فرنسي ٨ فبراير سنة ١٨٩٣ ميري ٩٦ - ١ - ٤٤٧ - ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٣ ميري ٩٦ - ١ - ٣٦ .

(الفرض الثاني) أن تكون حيازة المدهى عليه (أو حيازة المدهى) حيازة غير مستوفية لشرائطها ، فلا تكون الحيازة في هذا الفرض قرينة على الملكية . ومن ثم يفاضل القاضى بين القرائن التى يقدمها كل من الخصمين^(١) . فإذا قدم كل منهما قرينة الحيازة غير المستوفية لشرائطها ، بأن حاز كل منهما العقار على التوالى ، فاضل القاضى بين الحيازتين واختار الحيازة الأفضل وقضى لصالحها ، فرفض دعوى الاستحقاق أو قضى بالملكية للمدهى بحسب الأحوال^(٢) . وقد يقدم أحد الخصمين قرينة الحيازة غير المستوفية للشرائط ، ويقدم الخصم الآخر قرائن أخرى كالقيد فى سجل المكلفة (cadastre)^(٣) أو دفع الضرائب عن العقار المتنازع فيه^(٤) أو وجود حد ظاهر المعالم للعقار المتنازع فيه^(٥) أو غير ذلك من القرائن^(٦) . بل قد يقدم أحد الخصمين الحيازة وبعض هذه القرائن ، ويقدم الخصم الآخر الحيازة أيضاً بدون أو مع هذه القرائن كلها أو بعضها ، ففى جميع هذه الأحوال يفاضل القاضى دائماً بين قرائن المدهى وقرائن المدهى عليه ، ويقدر أى القرائن أرجح من الأخرى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المفاضلة بين سندات الملكية التى يعتد عليها أحد طرفي النزاع وبين سندات ملكية الطرف الآخر ، والتى صدرت لإثبات تصرفات قانونية هى من المسائل القانونية التى يتعين على المحكمة أن تقول كلمتها فيها ، فإذا كان الحكم قد أعطى الترخيص لبحث هذه المسندات والمفاضلة بينها ، فإنه يكون مشوباً بالتقصير فى التسييب . ولا يخفى عن ذلك احتداد المحكمة فى هذا الخصوص على ما ورد بتقرير المجلس المتدبر لإثبات الواقع فى الدعوى وتطبيق مستندات الطرفين على الطبيعة (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٤) . أما المفاضلة ذاتها وتقدير السندات هى الأفضل ، فهذه مسألة موضوعية لا رقابة عليها لمحكمة النقض كما سيأتي .

(٢) استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ (تقديم الحيازة الأسبق والأكثر وضوحاً : possession plus ancienne et mieux caractérisée) .

(٣) نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٨٩٤ سيري ٩٨ - ١ - ٤٣٩ - ٩ أغسطس سنة ١٩٠١ سيري ١٩٠١ - ١ - ٣٩٧ - ١٤ أبريل سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٢٧٧ - ٢٥ أكتوبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١١٩ .

(٤) أوردليان ٧ فبراير سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٨ - ٢ - ١١٠ .

(٥) نقض فرنسي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٥١٢ - ٢٨ أكتوبر

سنة ١٩٠١ سيري ١٩٠٣ - ١ - ٢٧٩ .

(٦) نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٨ سيري ٩١ - ١ - ٤٥٩ - ٢٥ يولية سنة ١٩٠١

سيري ١٩٠٢ - ١ - ٢١٤ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٥٦٨ .

فيحكم لصاحب القرائن الأرجح^(١) . وتقديره هنا تقدير موضوعي لا رقابة لهيئة التقص عليه^(٢)

وجملة القول في هذه الصورة الثانية أن صاحب الحيابة القانونية المستوفية لشرائطها ، أو في القليل صاحب الحيابة الأفضل إذا لم تكن الحيابة مستوفية لشرائطها أو صاحب القرائن الأرجح ، هو الذي يقضى لصالحه^(٣)

٣٧٩ - الصورة الثالثة - بوجه سند تملك غير أمر القصص

دوره المزمع : فإذا كان من عنده سند التملك هو المدعي عليه الخائر للمغار ، قضى لصالحه ورفضت دعوى الاستحقاق . لأن المدعي عليه يكون قد جمع في هذه الحالة بين الحيابة وسند التملك . أما إذا كان من عنده سند التملك هو المدعي ، فإنه يقضى لصالحه بالملكية^(٤) . بشرط أن يكون سند تملكه سابقا على حيابة المدعي عليه^(٥) . فإن لم يكن سند تملك المدعي سابقا وكانت

(١) نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ٢٥١ - ٧ مارس سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ٢١٦ - ١٨ أغسطس سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٣١٩ - ٢٤ يناير سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٤ - ١ - ٣١٤ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٥١٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ سيرة ٩٦ - ١ - ٢١٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩٠٤ سيرة ١٩٠٥ - ١ - ٢٦٦ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١١٩ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٤٠ .

(٢) نقض فرنسي ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٦٩ سيرة ٧٠ - ١ - ٣٢٢ - ٥ مارس سنة ١٨٩٤ سيرة ٩٨ - ١ - ٤٣٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٥٦٨ - ماري وروينر قرة ٢٢٣ .

(٣) نقض فرنسي ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٣ - ١ - ٢٢٤ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ - ١ - ٣٥٢ - ١٠ أغسطس سنة ١٩٣٧ سيرة ١٩٣٧ - ١ - ٣٦٨ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨ - ٢ - ٨٩٨ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤١ سيرة ١٩٤١ - ١ - ١٢٨ .

(٤) استئناف تلط ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٦ .

(٥) وذلك لأنه توجد قرينة ، مادام سند التملك سابقا على الحيابة ، أن الحيابة وقت صدور سند التملك كانت عند من صدر منه هذا السند ، ثم انقضت منه (بلاكبول وويور وبولانجه قرة ٢٣٢٢) .

حيازة المدعى عليه هي السابقة - فاضل القاضي بين الخصمين تبعاً لظروف كل قضية^(١).

٣٨٠ - نظرة قسرية للقضاء الفرنسي : يمكن الأخذ بكثير من القواعد التي قررها القضاء الفرنسي في إثبات حق الملكية ، فهذه القواعد تستجيب في مجموعها لطابع الأشياء ، وتوفق ما بين تعذر الإثبات المطلق لحق الملكية إذا لم يوجد نظام للسجل العيني وبين ضرورة إيجاد طرق للإثبات تقرب من الواقع بقدر المستطاع .

على أن القضاء الفرنسي في القواعد التي قررها سار شوطاً بعيداً في التحديد والترتيب والتمييز الدقيق ما بين حالة وأخرى . فقد في بعض هذه القواعد المرونة الكافية لمواجهة الحالات المختلفة بالظروف الخاصة لكل حالة منها . من ذلك مثلاً القاعدة التي تقضي بأنه إذا وجد سند تملك عند كل من الخصمين فإن السندين يهاتران ، فهذه القاعدة قد تكون سليمة في أكثر الأحوال ، ولكنها على إطلاقها قد لا تكون سليمة في بعض الأحوال . وقد كان القضاء الفرنسي فعلاً ، قبل أن ينتهي إلى هذه القاعدة ، يقرر أن السند الأقدم في التاريخ هو الذي يرجح ، ثم عدل عن ذلك إلى القاعدة التي نحن بصدددها . وكان الأولى ترك القاضي حراً في تقدير أي السندين يرجح ، تبعاً لما يستخلصه من ظروف كل قضية . ومن ذلك أيضاً الاستثناء الذي يقضي بأنه عند وجود سند عند كل من الخصمين ، يجب تفضيل المدعى إذا هو أثبت أن سلفه الذي تلقى منه السند كان يفوز على السلف الذي تلقى منه الحائز سنده لو أن

(١) نفس فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٤١٢ - ٨ يوليو سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ١ - ٣٣٦ - ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ١ - ٣٨ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠ - ١ - ٨ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ - ١ - ٣٢٩ - ٢ يناير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٢٥ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨ - ٢ - ٨٩٨ - مازو ققرة ١٦٤٣ - قارن بارتان في أوبري ورو ٢ ققرة ٢١٩ هاش ٧ (مادام) - مارق وريغو ققرة ٢٢٤ .

هذا وإذا قدم المدعى - في أية صورة من الصور الثلاث المتقدم ذكرها ، قرائن أخرى ، كان المدعى عليه أن يدعى دعوى الاستحقاق بالدفوع الساتئة ، الدفع بالملك بالتقادم أو الدفع بضمان الاستحقاق أو الدفع بقوة الأمر القضي (أوبري ورو ٢ ققرة ٢١٩ ص ٥٣٦ - ص ٥٣٧ - وانظر أيضاً عند على عرفة ققرة ١٨٦) .

دعوى استحقاق أقامها أحدهما على الآخر . فهذا أيضاً استثناء يقوم على محض افتراض ، إذ كيف نعرف أن سلف المدعى كان يفوز على سلف الخائر إذا لم تتم بينهما دعوى استحقاق بالفعل . وكيف تضحي الحيازة القائمة فعلاً وهي أمر محقق بخير افتراض يتعلز فيه الوقوف عند حقيقة ثابتة (١) كذلك القاعدة التي تقضي بأنه إذا وجد سند عند المدعى وحده ، وكان سنده سابقاً على حيازة المدعى عليه . فإن المدعى هو الذي يفضل . فهي قاعدة لا تنطوي على مرونة كافية تجعلها قاعدة عادلة في جميع الأحوال (٢) .

والأولى، في إثبات حق الملكية. أن نقف في بادئ الأمر عند الحيازة. فإذا استوفت هذه الحيازة شرائطها القانونية كان الخائر هو المالك ، ما لم يلحق خصمه قرينة الحيازة بقرينة أقوى ، ويترك ذلك لتقدير القاضي . فإذا لم تتوافر الحيازة المستوفية لشرائطها لأي من الخصمين ، جاز التمسك بالحيازة الفعلية ، على أن تكون محض قرينة قضائية تلحظها قرائن قضائية أقوى منها . فالواجب إذن الوقوف عند الحيازة ، إلا أن ترجحها حيازة أفضل أو تلحظها قرائن قضائية أقوى . وعند تعارض القرائن ، يترك الأمر لتقدير القاضي في ترجيح قرينة على أخرى بحسب ظروف كل قضية (٣) .

المبحث الثاني

عدم جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها إلا بشروط

٣٨٦ — نص قانوني : تنص المادة ٨٠٥ مدني على ما يأتي :

ولا يجوز أن يجرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون ،

(١) انظر في هذا المعنى پلانيول وريبيير وبيكار ٢ بقرة ٣٥٩ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧ .

(٢) انظر كاروبانييه ص ٢٢٢ .

(٣) انظر مازو بقرة ١٦٤٥ - پلانيول وريبيير وبيكار ٢ بقرة ٢٦٢ ص ٣٦١ -

وكان أوبري ورو يقدمان صاحب الحق الأفضل أو الأرجح (droit meilleur ou plus probable) (أوبري ورو ٢ بقرة ٢١٩ حاشي ٦) ، والأولى أن يقال بتقديم صاحب الاحتمالات الأرجح (meilleures probabilités) .

وبالطريقة التي يرميها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل ،^(١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين الملحق السابق . ولكن الدستور المصري
الذي كان ساريا في عهد هذا التقنين كان ينص في المادة ٩ منه على أن «الملكية
محرمة ، فلا ينزع من أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة
في القانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، وبشرط تعويضه عنه تعويضا
عادلا» .

وبقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين الملحق
السوري م ٧٢٢ - وفي التقنين الملحق الليبي م ٨١٤ - وفي التقنين الملحق العراقي
م ١٠٥٠ - ولا مقابل للنص في قانون الملكية العقارية اللبناني^(٢) .
ونخلص من النص سالف الذكر أن الحق للملكية حصانة تدرأ عنه الاعتداء ،
والمقصود بالاعتداء هنا هو الاعتداء الذي يصدر من جهة الإدارة أو من جهة
الأفراد . ولكن لما كان الاعتداء الذي يصدر من جهة الأفراد مكفولا رده ،
في أكثر الأحيان ، بدعوى الاستحقاق التي تحمي حق الملكية وقد سبق الكلام
فيها تفصيلا ، لذلك نقصر كلامنا على الاعتداء الصادر من جهة الإدارة^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٥ من المشروع المتهنى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين الملحق الجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من نص المشروع المتهنى
كانت على الوجه الآتي : «أو يكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدما» . وأقرت لجنة
المراجعة للنص تحت رقم ٨٧٢ في المشروع النهائي . وحللت اللجنة التشريعية بمجلس النواب عبارة
«يدفع إليه مقدما» ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدله لجنة تحت رقم ٨٧٢ . ووافق
مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٨٠٥ (جريدة الأعمال التشريعية ٦ ص ٢٢ - ص ٢٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين الملحق السوري م ٧٢٢ (مطابق) .

التقنين الملحق الليبي م ٨١٤ (مطابق) .

التقنين الملحق العراقي م ١٠٥٠ (موافق - وقد وردت في التقنين العراقي عبارة «يدفع إليه
مقدما») .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٣) حل أنه يلاحظ أن النص ينطبق أيضاً في الملاحظات القدرية ، فلا يجوز له أن يحرم
الملك ملكه إلا بعد استيفاء الشروط الواردة في النص ، كما هو الأمر في حق الشرب (م ٨٠٨ مدق) ،
وفي حق الحجر . والمسئل (م ٨٠٩ مدق) ، وفي حق المرور (م ٨١٢ مدق) .. وفي هذه الحقوق
تقيد الملكية لصالح الغير ، وفي هذا ضرب من الانتقاص من حق الملكية يتحصله الملك في مقابل
تعويض عادل (تارن محمد حل عرقه فقرة ١٧١ ص ٢١٧ هامش ٣) -

ويبين من النص أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يجوز قانوناً أن ينزع من المالك ملكه : (١) أن يكون هناك نص في القانون يجزى نزع الملك ، فلا يكفي أن يصدر بجواز نزع الملك قرار إدارى مهما علت مرتبته ، بل لابد من تدخل المشرع نفسه . (٢) ويجب أن تنبع في نزع الملك الإجراءات التى رسمها القانون لذلك : فالانحراف عن هذه الإجراءات وعدم اتباعها بدقة يجعل نزع الملك باطلاً . (٣) ويجب أن يعرض المالك عن ملكه تعويضاً عادلاً ، يستولى عليه مقدماً في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة^(١) .

فليس لجهة الإدارة إذن أن تمس حق الملكية . وبخاصة لا يجوز لها أن تنزع الملكية للمنفعة العامة . إلا بعد استيفاء الشروط سالفة الذكر .

ونتكلم هنا في مسألتين : (١) مساس الإدارة بحق الملكية (٢) نزع الملكية للمنفعة العامة .

١٩ - مساس الإدارة بحق الملكية

٣٨٢ - أعمال الدولة الماسة بحق الملكية : لا يجوز للإدارة أن تعتدى على حق الملكية ، لا عن طريق عمل ماضى أو عن طريق أمر إدارى . ولا يجوز لها أن تصادر الملك مصادرة عامة ، ولا أن تصادر ملكاً معيناً بالذات إلا إذا كان ذلك بناء على حكم قضائى كما هو الأمر في التهريب (contrebande) وفي التزييف (contrefaçon) وفي الأدوات التى تستعمل في ارتكاب الجرائم .

فالأصل إذن هو تحريم اعتداء الإدارة على الملك الخاص . ويجوز مع

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع انتهى في هذا الصدد : « وأول وسيلة لحماية المالك هو ألا تنزع منه ملكيته بغير رضاه إلا في الأحوال التى تقررها القانون وبالطريقة التى رسمها ، وفى مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً . فهناك إذن قيود ثلاثة لحرمان المالك من ملكه دون رضاه : (١) لا يحرم المالك من ملكه إلا في حالة نص عليها القانون ، كما هو الأمر في نزع الملكية للمنفعة العامة ، وكما هو الأمر أيضاً في حق المرور وحق الشرب وحق التجزئ وحق المسبل وسائر ذكراها . (ب) وبالطريقة التى رسمها القانون ، أى بعد اتباع الإجراءات التى وضعت لضمان الحقوق المشروعة ، مثل ذلك إجراءات نزع الملكية . (ج) ويمنح دفع تعويض عادل للمالك يستولى عليه مقدماً قبل أن يتدخل عن ملكه ، ويبرس القانون إجراءات تكفل ذلك تقديم هذا التعويض العادل فيما إذا اختلف في تقديره مع نازع الملكية » (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٢٣ - ص ٢٤) .

خلق بموجب القانون وطبقاً لإجراءات معينة وفي مقابل تعويض عادل . أن تلجأ الإدارة إلى الاستيلاء على الملك استيلاء مؤقتاً . وأن تضعه تحت الحراسة . وأن تؤممه فينتقل من القطاع الخاص إلى القطاع العام . وأن نزاع الملك جبراً على صاحبه للمنفعة العامة^(١) . ولما كنا سنفرد نزاع الملكية للمنفعة العامة يبحث خاص لأهميته ، فنستعرض هنا في إيجاز الحالات الأخرى . ويلاحظ بوجه عام أن جميع هذه الحالات ، ويدخل في ذلك نزاع الملكية للمنفعة العامة ، هي من مباحث القانون الإداري . ولا يعنينا منها إلا القدر الذي يكون فيه مساس بحق الملكية . لذلك سيكون الكلام في ذلك موجزاً ، ومقتصراً على هذه الناحية :

٣٨٣ - اعتداء الدولة على حق الملكية من طريق أعمال مارة

أو من طريق أوامر إدارية : إذا اعتدت جهة الإدارة على ملك أحد الأفراد ، ولم تنفذ بالشروط سالفة الذكر . فلم يوجد نص في القانون يستند إليه عمل الإدارة ، أو وجد ولم تتبع الإدارة الإجراءات التي رسمها القانون ، أو اتبعت هذه الإجراءات ولكن دون أن تدفع للمالك تعويضاً عادلاً . فإن عملها هذا يكون غير مشروع . ويكون اعتداء على حق الملكية يردده القضاء . ويقضى للمالك بتعويض عنه . بل ويرد الملك إلى صاحبه مادام لم يزل عنه بطريق قانوني^(٢) . ويجوز للقضاء المستعجل أن يمنع غصب الإدارة مؤقتاً ، ويحول

(١) ويورد قانون الإصلاح الزراعي سلسلة من القيود على حق التملك وعلى التصرف في الملك . وسنبعث ذلك تفصيلاً عنه الكلام في القيود التي ترد على حق الملكية .
 كذلك قد ينزع الملك جبراً على صاحبه في التنفيذ على أموال المدين ، ولكن نزاع الملكية هنا لا يرجع إلى جهة الإدارة ، بل هي مسألة مدنية يحسمها البت في قانون المرافعات .
 (٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الملك ، الذي انتصب ملكه وأضيف إلى المنافع العامة بشير الإجراءات القانونية لنزع الملكية ، حق مطالبة الحكومة بالتعويض . ويكون قاضي التعويض في هذه الحالة حراً في تقدير التعويض . والحكم به مبلغاً متجسداً واحداً أو بقيمة العين المنزوعة ملكيتها وبفوائدها الترميمية (نفس مدني ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٢٤ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٣ ص ٢٩٠ - ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥١ ص ١٤٤ - ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ - المنصورة الكلية ٢ يناير سنة ١٩٣٦ الممامة ٦ رقم ٢٦٠ ص ٣٤٤) .

دون تغيير معالم الشيء قبل القضاء نهائيا في الملكية (١) .

وقد يكون اعتداء الإدارة على الملك الخاص عن طريق أعمال مادية ، كما إذا أهملت الجهة الإدارية المختصة تطهير ترعة مائة فتلتر وصول المياه لزراعة أحد الأفراد فتلفت الزراعة ، وكما إذا احترقت ممتلكات الأفراد نتيجة لتطهير الشرر من إحدى قاطرات السكك الحديدية . وكما إذا أنشأت الإدارة جنائية بمحاذاة ترعة فترتب على إنشاء الجنائية رشح أضرب ملك أحد الأفراد . وعلى من يتأذى من عمل الإدارة أن يثبت في جانبها خطأ يقيم عليه مسئوليتها . فإذا لم يثبت خطأ فلا مسئولية (٢) . وقد أخذت بعض المحاكم بنظرية الخطأ المفترض في مسئولية الإدارة عن أعمال الاعتداء التي تقع منها على ملك الأفراد . فقصت بمسئولية الإدارة عن انكسار مواسير المياه وتسرب الماء منها إلى المنازل المجاورة وإتلافها (٣) ، وعن إنشاء محطة للمجارى بجوار منزل فأدى ذلك إلى نقص قيمته (٤) .

كما يكون اعتداء الإدارة على الملك الخاص عن طريق أوامر إدارية مخالفة للقانون . فإذا صدر أمر إداري من جهة غير مختصة فأضرب ملك أحد الأفراد ، كما إذا أصدر مفتش رى أمراً خارجياً عن حدود اختصاصه ،

(١) الإسكندرية الكلية (مستجمل) ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ المجامع ٢٠ ص ١٠٠٨ - وتقول المحكمة : « إن حق الملكية وحق الحرية الشخصية أهم حقوق الأفراد ، ولا يجوز الاعتداء عليها بالطرق الإدارية ، بل يجب أن يرفع النزاع فيها إلى المحاكم القضائية لأنها هي حامية حريات الأفراد وملكياتهم . ولا يصح أن تكون الأوامر الإدارية التي تمتد على أحد هذين الحقين مائنة من هذه الحماية استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات ، فإن هذا المبدأ ، وإن كان سليماً في ذاته ، إلا أن مدى تطبيقه وحدوده هي محل الاختلاف . ومن المتفق عليه عند أكثر الشراح والمحامين أن من بين هذه الحدود التي لا يجوز للأمر الإداري أن يمتد عليها ، ولو حاز شكله القانوني ، حرمان الإنسان من حيازة ما يملكه من عقار ، إذ يعتبر الأمر الإداري في هذه الحالة قد فقد الصفة الإدارية وأصبح عملاً من أعمال القسب والاعتداء » .

(٢) نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦٧ ص ١٧٥ - ٣ يونيو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ المجامع ٢٢ ص ٦٥١ - مصر الكلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المجامع ٣٩٨ رقم ٣٤٠ .

(٣) استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ ص ٢٤٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٦٨ ص ٣٤٨ .

(٤) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٧٤ ص ٤٤٣ .

تحققت مسئولية الحكومة^(١). وإذا صدر أمر إدارى من وزير انداخلية أو لمحافظ بإغلاق محلج أو مصنع مملوك لأحد الأفراد . كان الأمر الإدارى باطلا . لأن المحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة لا تغلق إلا بحكم قضائى^(٢) . وقد يصدر أمر إدارى من جهة مختصة ولكن لا يتبع الإجراءات والأوضاع التى نص عليها القانون . فيكون باطلا . وبحكم على الإدارة بالتعويض . وكذلك الأمر فيما إذا صدر الأمر الإدارى مخالفا لنصوص القوانين أو مشوبا خطأ فى تطبيقها أو تفسيرها^(٣) . ومنذ إنشاء مجلس الدولة ، أصبحت الأوامر الإدارية المخالفة للقانون تعرض على القضاء الإدارى ، فيحكم بإلغائها ، ولا يكتفى بالتعويض كما كان يفعل القضاء العادى .

٣٨٤ - الاستيلاء الموقت : يجوز للإدارة أن تستولى استيلاء مؤقتا مؤقتا على العقارات المملوكة للأفراد ، وذلك فى الحالات الطارئة أو المستعجلة ، بعد اتباع إجراءات معينة ، وفى مقابل تعويض عادل . وقد نص القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بنزع الملكية العقارية للمنفعة العامة أو التحسين على حالتين للاستيلاء الموقت . الأولى منهما يكون الغرض منها فى الواقع التهديد لنزع الملكية وسنشير إليها عند الكلام فى نزع الملكية للمنفعة العامة ، والأخرى هى التى يراد بها مواجهة ظروف طارئة أو مستعجلة وهى التى تقصر الكلام عليها هنا .

فقد نصت المادة ١٧ من قانون نزع الملكية على أنه « يجوز للمدير أو المحافظ . بناء على طلب المصلحة المختصة ، فى حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تشق وباء ، وفى سائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة ، أن يأمر بالاستيلاء مؤقتا على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها ، كما يجوز فى غير الأحوال المتقدمة الاستيلاء مؤقتا على العقارات . اللازمة لحزمة مشروع ذى منفعة عامة . ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهائه .

(١) استئناف وطنى ٢ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٣٧ ص ٦٣ .

(٢) مصر للكلية ١١ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٢٤٠ ص ٦٠٢ .

(٣) انظر فى كل ذلك وحيد رافت فى مجلة القانون والاقتصاد ٩ ص ٢٣٩ - ص ٢٣٩ -

محمد على عرفة فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧٥ .

منلوي المصلحة المختصة من إثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها ، بدون حاجة لاتخاذ إجراءات أخرى . وتعين المصلحة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء قيمة التعويض المستحق لنزوى الشأن مقابل عدم انتفاعهم بالعقار ، وفي حالة المعارضة يكون الفصل فيها طبقاً للنصوص الخاصة بالمعارضة في التعويض المستحق من نزاع الملكية . ونصت المادة ١٨ من نفس القانون على أن تحدد مدة الاستيلاء الموقت على العقار بحيث لا يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي ، ويجب إعادته في نهايتها بالحالة التي كان عليها وقت الاستيلاء مع تعويض كل تلف أو نقص في قيمته . وإذا دعت الضرورة إلى مد مدة الثلاث سنوات المذكورة ، وتعد الاتفاق مع نزوى الشأن على ذلك ، أو أصبح العقار غير صالح للاستعمال الذي كان مخصصاً له ، وجب على المصلحة المختصة أن تتخذ قبل مضي الثلاث سنوات بوقت كاف إجراءات نزاع ملكيته . وفي هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التي كان عليها وقت الاستيلاء عليه ، وطبقاً للأسعار السائدة وقت نزاع ملكيته ^(١) .

ويتبين من النصوص ساقفة الذكر ما يأتي :

أولاً - أن الاستيلاء الموقت يكون في الحالات الطارئة المستعجلة ، كحصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء . ويجوز أيضاً الاستيلاء الموقت في غير الأحوال المتضمنة ، لمجرد خلع مشروع ذي منفعة عامة ، كما إذا احتج إلى مكان لتخزين الأدوات المستعملة في توسيع شارع فيستولى على العقار وقتاً لهذا الغرض إذا لم يمكن العثور على عقار غيره .

ثانياً - أن الإجراءات الواجبة الاتباع للاستيلاء الموقت هي ما يأتي :
تقدم الجهة المختصة (وزارة الصحة أو وزارة الري مثلاً) إلى المحافظ في المحافظة التي يوجد فيها العقار ، وتطلب منه إصدار أمر بالاستيلاء على العقار استيلاء مؤقتاً ، وتبين الغرض الذي تهدف إليه من هذا الاستيلاء . فإذا رأى

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون نزاع الملكية : « وقد أجاز المشروع الاستيلاء الموقت بموجب قرار من المدير أو المحافظ في حالات الطوارئ المستعجلة (م ١٧) ، وحدد المدة بما لا يتجاوز ثلاث سنوات ، بحيث إذا لم تعد العقارات إلى ملاكها بعد انتهائها ولم يتم الاتفاق على زيادتها وجب نزاع ملكيتها (م ١٨) . ووجب تعويض الملاك مقابل عدم الانتفاع بالعقارات المستولى عليها ، وعن أي نقص أو تلف يقع عليها » .

المحافظ أن هناك ما يبرر إجابة هذا الطلب . أصدر أمراً إدارياً بالاستيلاء الموقت على العقار . ويذهب مندوبو الجهة المختصة التي طلبت الاستيلاء لمعينة العقار . وعليهم أن يثبتوا صفته ومساحته وحالته . وبمجرد أن ينتهي المندوبون من ذلك . ينفذ الأمر الإداري . ويستولى فعلاً على العقار ولو بالقوة الجبرية . ويحدد الأمر الإداري الصادر بالاستيلاء المدة التي يبقى فيها العقار مستولى عليه . ويجب ألا تزيد على ثلاث سنوات . ويجب تحويل الاستيلاء الموقت إلى نزاع ملكية نهائي في الفرضين الآتيين : (١) إذا احتاجت الجهة المختصة إلى العقار مدة أطول من ثلاث سنوات . وتعذر عليها الاتفاق مع المالك على مد المدة . (٢) إذا أصبح العقار غير صالح للاستعمال الذي كان مخصصاً له . ففي هذين الفرضين يجب اتخاذ إجراءات نزاع الملكية . وتقدر قيمة العقار بحسب الأوصاف التي كان عليها وقت الاستيلاء عليه . وطبقاً للأسعار السائدة وقت نزاع الملكية .

ثالثاً - أنه يجب تعويض المالك تعويضاً عادلاً عن الاستيلاء الموقت . ويكون ذلك بأن تعين الجهة الإدارية التي طلبت الاستيلاء الموقت ، في خلال أسبوع من تاريخ استيلائها فعلاً على العقار : قيمة التعويض المستحق للمالك في مقابل عدم انتفاعه بالعقار مدة الاستيلاء . فإن رضى المالك بهذا التقدير أخذ القيمة المروضة عليه . وإلا عارض في التقدير أمام لجنة الفصل في المعارضات طبقاً للإجراءات المقررة في المعارضة في تقدير التعويض المستحق عن نزاع الملكية . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في نزاع الملكية للمصلحة العامة .

٣٨٥ - الحراسة : لا تقصد بالحراسة هنا الحراسة القضائية أو الحراسة الاتفاقية ، وقد نظم كلا منهما التقنين المدني . ولا تقصد الحراسة الإدارية ، وهي التي تفرضها جهة الإدارة على المرفق العام الذي يدار بطريقة الالتزام في حالة توقف المرفق أو عجز الملتزم عن إدارته أو ارتكابه مخالفات جسيمة تهدد سير المرفق . وإنما تقصد حراسة الطوارئ وهي تفرض امتداداً إلى قانون الطوارئ (أو قانون الأحكام العرفية)^(١) . وهناك أيضاً حراسة التعمية ،

(١) انظر في هذا الموضوع إبراهيم الشربيني في حراسات الطوارئ القاهرة سنة ١٩٦٤ ص ٤ وفي تصبئة الحراسات القاهرة سنة ١٩٦٤ .

وهي الحراسة التي تفرض في حالة الحرب عقب إعلان التعبئة العامة على أموال الأعداء ، وهي تكاد تكون صورة من صور الحراسات التي تفرض استنادا إلى قانون الطوارئ . على أن بحراسة التعبئة لا تفرض إلا على رعايا دولة العدو أو رعايا الدول التي قطعت معها العلاقات السياسية . في حين أن حراسة الطوارئ أهم من ذلك فهي قد تفرض على أى شخص يقتضى الصالح العام فرض الحراسة على أمواله حتى لو كان من المصريين . ويلاحظ أن المشرع لم يبلجأ حتى الآن إلى حراسة التعبئة . واستند دائما إلى حراسة الطوارئ مادامت حالة الطوارئ قد أعلنت . وقد أغنت حراسة الطوارئ عن حراسة التعبئة . وهذا هو ما وقع عقب حرب السويس إذ فرضت الحراسة على أموال الفرنسيين والبريطانيين استنادا إلى قانون الطوارئ (١) .

وقد توالى التشريعات التي تواجه حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية في مصر منذ سنة ١٩٢٣ . فصدر قانون الأحكام العرفية برقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ ، وقد ألغى وحل محله قانون الأحكام العرفية رقم ٢٣ لسنة ١٩٥٤ ، ثم ألغى هذا القانون الأخير وحل محله قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ الذي

(١) ويقول الأستاذ إبراهيم الشربيني : « ولقد تطورت الأهداف التي تنبأها المشرع من فرض حراسات الطوارئ المختلفة في الجمهورية العربية المتحدة منذ الحرب العالمية الثانية حتى الآن ؛ إذ كان القصد من فرض الحراسات على أموال الألمان والإيطاليين والبلاد المحتلة منها في سنة ١٩٣٩ وما بعدها من الحرب العالمية حماية أمن البلاد تنفيذاً لأحكام المعاهدة المبرمة بين مصر وبريطانيا سنة ١٩٣٦ . وكان ذلك أيضاً هو القصد من فرض الحراسة على أموال الفرنسيين والبريطانيين والمحتلين والمراقبين عقب حرب السويس في سنة ١٩٥٦ . ثم تطورت هذا القصد إلى غاية أخرى ، هي تخصيص الاقتصاد عن طريق بيع المنشآت والمؤسسات الخاصة التي كان يسيطر عليها البريطانيون والفرنسيون إلى المؤسسات العامة وشركات تابعة لها ، حتى يمكن بذلك تلاقى التجهيز الدائم الذي كان يشغل في سيطرة الأجانب على الاقتصاد المصري وتحكمهم عن طريقه في أقدار البلاد . وبعد صدور قوانين يويليه سنة ١٩٦١ التي حققت التطبيق للاشتراكية ، استغضت الحراسة المفروضة بالأميرين ١٣٨ و ١٤٠ سنة ١٩٦١ والحراسة المفروضة على الشركات والمنشآت بتروات فردية منذ سنة ١٩٥٩ (والتي تسمى بحراسة الطوارئ) ، استغضت هذه الحراسات جميعها كوسيلة لمساعدة على تحقيق الاشتراكية التي تعتبر هدفا أساسيا من أهداف الدولة ، وذلك عن طريق نقل ملكية قطاعات معينة من الأموال التي يملكها الحاضرون بحراسة إلى الشعب ممثلا في المؤسسات والشركات العامة ، وهو ما حدث بالنسبة إلى بيع المهارات السكنية والتكبير من الأراضي الزراعية والشركات التجارية إلى المؤسسات العامة والشركات التابعة لها (إيه امم الشربيني حراسات الطوارئ ص ٢٦) .

لا يزال معمولاً بها حتى الآن . واستناداً إلى قوانين الطوارئ الثلاثة سالفة الذكر أعلنت الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ في مصر عدة مرات منذ إعلان الحرب العالمية الثانية في أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ . فقد صدر في هذا التاريخ مرسوم أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ معلناً الأحكام العرفية في مصر استناداً إلى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ ، واستمر إعلانها طوال مدة الحرب حتى ألغيت في ٧ أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، ثم أعلنت الأحكام العرفية ثانية في ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ بمناسبة قيام حرب فلسطين ، واستمرت حتى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٠ حيث ألغيت بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ . وأعيد إعلانها ثانية عقب حريق القاهرة في ٢٦ يناير سنة ١٩٥٢ ، واستمرت إلى ٢٦ يونيو سنة ١٩٥٦ حيث صدر القانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ بإلغائها . وما لبثت أن أعلنت ثانية عقب حرب السويس بالقرار الجمهوري رقم ٣٢٩ لسنة ١٩٥٦ الصادر في أول نوفمبر سنة ١٩٥٦ استناداً إلى القانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ ، واستمر إعلانها بالقرار الجمهوري الصادر في سنة ١٩٥٨ استناداً لأحكام قانون الطوارئ رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٨ . ثم أنهيت بالقرار الجمهوري رقم ١٣١٦ لسنة ١٩٦٤ ، المنشور في الجريدة الرسمية في العدد الصادر في ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ .

وقد فرضت حراسات كثيرة متعاقبة على أموال الأفراد منذ الحرب العالمية الثانية ، وكذلك فرضت الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص بالأمر رقم ١٣٨ الصادر في ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦١ والأوامر التالية له وعلى الأشخاص الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ ، ويطلق عليها مجوزاً «حراسة الأمن»^(١) . وفرض الحراسة على أموال الفرد يترتب عليه غل يده عن أمواله ، فلا يملك

(١) انظر في بيان تفصيل لذلك إبراهيم الشربيني في حراسات الطوارئ ص ٤١ - ص ٤٤ ، ويقول الأستاذ إبراهيم الشربيني : « يتخذ الأمر الصادر بفرض الحراسة إحدى صورتين : الأولى أن يصدر الأمر بفرض الحراسة على شخص معين بالذات أو على أشخاص معينين بذواتهم ، وعلى هذا النمط صدر الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ الذي حدد أسماء الأشخاص إلخاضين له . الثانية أن يصدر الأمر بفرض الحراسة على الأشخاص الذين تتوافر فيهم سمة أو صفات معينة ، كفرضها على الأشخاص الذين يشتبهون بجنسية معينة أو الذين يقطنون في بلاد معينة . وعلى هذا النمط صدر الأمر المسكوك رقم ٥ لسنة ١٩٥٦ الذي فرض الحراسة على أموال الأشخاص الذين ينتمون إلى الجنسية لفرنسية أو البريطانية ، أو الذين يقطنون في الجمهورية الفرنسية أو المملكة المتحدة » (حراسات الطوارئ ص ١٩٤) .

للتصرف فيها ولا إدارتها . ويتولى الحارس ذلك نيابة عنه ، فهو الذى يدبر المال ويقضى الإيراد ويودعه لحساب الخاضع للحراسة ، ويصرف لهذا الأخير نفقة شهرية مقدرة للإتفاق منها على شؤون العيش . ويتولى الحارس نيابة عنه الوفاء بالتزاماته وديونه ، فى حدود الأموال الموجودة تحت يده لحساب الخاضع .

ولما كنا نلم بالحراسة هنا من ناحية تعلقها بحق الملكية ، فلا بد من الإشارة إلى القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رفع الحراسة عن أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعية . فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار بقانون على أن « ترفع الحراسة عن أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم بمقتضى أوامر جمهورية طبقاً لأحكام قانون الطوارئ » . وكان مقتضى رفع الحراسة أن تعاد إلى الخاضعين أموالهم ، ولكن القرار بقانون سالف الذكر أتم هذه الأموال ، ولم يدفع عنها تعويضاً إلا فى حدود ثلاثين ألف جنيه ، فنصت المادة الثانية فى هذا الصدد على أن « تحوّل إلى الدولة ملكية الأموال والممتلكات المشار إليها فى المادة السابقة ، ويعرض عنها صاحبها بتعويض إجمالى قدره ثلاثون ألف جنيه ، ما لم تكن قيمتها أقل من ذلك فيعرض عنها بمقدار هذه القيمة ... ويؤدى التعويض بسندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤ ٪ سنوياً ، وتكون هذه السندات قابلة للتداول فى البورصة . ويجوز للحكومة بعد عشر سنوات أن تسهّل هذه السندات كلياً أو جزئياً بالقيمة الإسمية بطريق الاقتراع ، فى جلسة علنية ، وفى حالة الاستهلاك الجزئى يعلن عن ذلك فى الجريدة الرسمية قبل الموعد المحدد له بشهرين على الأقل » . وقد كانت الحراسة فى التشريع المصرى نظاماً مقصوداً به على الأخص حصر أموال رعايا الأعداء فى وقت الحرب ، وإخضاعها لنظام خاص بتنظيمه حالة الحرب . فالتوسع فى الحراسة ، بما تشتمل عليه من قيود ، وما تنطوى عليه من انتقاص فى الأهلية ، وما تنضمته من رفع الحصانة عن حق الملكية إلى حد تأمين ما زاد من المال على ثلاثين ألف جنيه دون تعويض ، ومد الحراسة حتى تشمل العدو وغير العدو ، والأجنبي والمصري ، وحالة الحرب وحالة السلم ، لا شك فى أن كل ذلك شيء جديد على التشريع المصرى .

٣٨٦ - التأميم^(٥): والتأميم أيضاً قيد يرد على حق الملكية، فنزع الدولة ملك الشخص جبراً عنه ، ويؤول الملك للدولة في مقابل تعويض يتقاضاه المالك . وينصب التأميم عادة على ملكية مشروع خاص باعتباره أداة من أدوات الإنتاج ، فينتقل المشروع من نطاق الملكية الخاصة إلى نطاق الملكية العامة . ويتفق التأميم مع نزع الملكية للمنفعة العامة في أن كلا منهما يؤدي إلى نزع الملكية الخاصة عن صاحبها مقابل تعويض عادل . ولكن التأميم يختلف عن نزع الملكية للمنفعة العامة في أن التأميم ينصب على مشروع إنتاجي ، وإجراءاته سريعة ، أما نزع الملكية للمنفعة العامة فينصب على عقار مملوك لأحد الأفراد وفقاً لإجراءات طويلة يؤول العقار بعدها إلى الدومين العام .
والتأميم طرق ثلاث :

(الطريقة الأولى) نقل ملكية المشروع مباشرة إلى الدولة فنزول شخصيته الاعتبارية ، ويتخذ شكلاً قانونياً جديداً قد يكون مؤسسة أو هيئة عامة أو شركة مساهمة عامة أو شركة من شركات الاقتصاد المختلط ، كما فعل المشرع في تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها وتأميم منشآت كبس القطن وتأميم الشركات بتصفيتها بحكم القانون . وينطوي تحت هذه الطريقة صورتان : صورة التصفية وصورة الاندماج . ففي صورة التصفية يترتب على تأميم الشركة المصفاة بحكم القانون إنشاء شخص معنوي جديد من أشخاص القانون العام ، مواءم كان مؤسسة عامة أو شركة مساهمة عامة تملك الدولة كل أسهمها ، أو إنشاء شركة اقتصاد مختلط جديدة بدلاً من الشركة المصفاة ، أو إسناد المشروع إلى مؤسسة عامة .

(٥) مراجع : Vedel في فن التأمينات Droit Social سنة ١٩٤٦ ص ٤٩ وما بعدها - Bandip ماهو التأميم سنة ١٩٤٦ - Rivero في إصلاح المشروعات الموقية دالوز ١٩٤٨ - Chr. ص ١٨١ - Byé, J. Morandière في التأمين في فرنسا والخارج سنة ١٩٤٨ - Leubsdere في العقود الإدارية جزء ٢ - Bouleau في نظام المشروعات الموقية Jurs. Classeur Adm. ١٠٠ - ١٠٩ (fasc.) - Jacquignon في التأمين Savatier - Jurs. Classeur Civ. من القانون المدني إلى القانون العام سنة ١٩٥٠ ص ٦٢ - Constantin Katzarov في نظرية التأمين سنة ١٩٦٠ - أنسيكلوبيدي دالوز في القانون الإداري جزء ٢ - وفي القانون الاجتماعي وقانون العمل سنة ١٩٦٠ .
نقصي عبد السبور في الآثار القانونية للتأميم في القانون المصري - أكرم الخول دراسات في قانون النشاط التجاري القدر - محمد حامد الجبل في طبيعة المشروعات الموقية .

إدارية موجودة من قبل . ومن أمثلة التأميم في صورة التصفية تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها ، وتأميم منشآت كبس النفط ، وتأميم شركتي السكر ، والتقطير المصرية ، وتأميم شركة سكك حديد مصر الكهربائية وواححات عين همن (مؤسسة ضاحية مصر الجديدة) ، وتأميم الشركة المصرية للأراضى والمباني . وفي صورة الاندماج يوجد الاندماج بطريق الضم (annexion) ويتم بإضاق شركتين قائمتين على أن تنضم إحداها إلى الأخرى ، والاندماج بطريق التزج (combinaison) ويتم بطريق خلق شركة جديدة تفي فيها الشركتان المتدجعتان . ومن أمثلة الاندماج كصورة من صور التأميم ما قضى به القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٦١ من نقل ملكية « شركة بواخر البوطة الخديوية » إلى المؤسسة العامة للنقل والمواصلات ، على أن تتخذ إجراءات إدماجها في الشركة العامة للملاحة البحرية وضم الشركتين إلى المؤسسة العامة للنقل والمواصلات .

(الطريقة الثانية) احتفاظ المشروع بكيانه كما كان قائما قبل التأميم ، ويقتصر الأمر على نقل ملكية الأسهم إلى الدولة كلها أو بعضها ، فنضع للدولة بما كان ينضج به المسامون ، مع بقاء شخصية المشروع الاعتبارية قائمة ، ومع احتفاظ الشركة بنظامها القانوني . وتمثل ذلك في تأميم البنوك وشركات التأمين والتأمين الجزئي لبعض الشركات . فأمم البنك الأهلي بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٠ ، وانتقلت ملكية البنك إلى الدولة واعتبر مؤسسة عامة ، على أن تحصل أسهمه إلى سندات على الدولة تكون قابلة للتداول ، ومع بقاءه البنك المركزي للدولة . ثم صدر القانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٦٠ يفصل بين البنك الأهلي والبنك المركزي ، إذ نص على إنشاء مؤسسة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة تقوم بمباشرة سلطات البنك المركزي واختصاصاته المنصوص عليها في القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ ، ومنها الإشراف على تنظيم السياسة الائتمانية والمصرفية وفقا للخطة العامة التي تضعها الدولة بما يساعد على دعم الاقتصاد القومي واستقرار النقد وإصداره ، على أن يزول البنك الأهلي المصري جميع العمليات المصرفية العادية بالشروط والخلود ذاتها التي تخضع لها البنوك التجارية وفقا لأحكام القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ . ويعتبر كل من البنك الأهلي والبنك المركزي مؤسسة عامة اقتصادية ، لأن كلا منهما يمارس نشاطا

تجاريا وماليا . وأم بعد ذلك بنك مصر والبنك البلجيكي بالقانون رقم ٦٨٨ لسنة ١٩٦٠ . ثم أمت سائر البنوك ، وجميع شركات التأمين ، وبعض شركات القطاع الخاص وذلك كله بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١^(١) .

(١) وتنص المادة الأولى من هذا القانون على أن « تؤول جميع البنوك وشركات التأمين في إقليم الجمهورية ، كما تؤول الشركات والمنشآت المبنية في الجداول المرافقة لهذا القانون ، وتكون حكمتها إلى الدولة » . وقد حدد الجدول المشار إليه جلة كبيرة من الشركات التي أمت . بموجب هذا القانون ، منها شركات الأوتوبيس في النواحي المختلفة وشركة للماء وفنادق مصر الكبرى وفنادق الوجه القبلي وفنادق المصرية ويورصة مينا البصل والشركة المصرية المتخصصة لصلاحية البحيرة والشركة العامة لصلاحية البحيرة وشركة وادي كوم أمبو وشركة مياه الإسكندرية وشركات تجميرة الأغشاب المتعددة وشركة مصر لتجارة الخارجية وشركات الإسمنت وشركة مصانع النحاس المصرية وشركات الصناعات والمنتجات المدنية وشركة ملاحات البحر الأبيض وشركة ملاحية رشيد . وتنص المادة الثانية من نفس القانون على أن « تتحول أسهم الشركات ورؤوس أموال المنشآت المشار إليها إلى سندات إسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤٪ سنويا ، وتكون السندات قابلة للتداول في البورصة ، ويجوز للحكومة بعد عشر سنوات أن تستهلك هذه السندات كليا أو جزئيا بالقيمة الاسمية بطريق الاقتراع في جلسة علنية . وفي حالة الاستهلاك الجزئي يملن من ذلك في الجريدة الرسمية قبل الموعد المحدد له بشهرين على الأقل » . وتنص المادة الرابعة على أن « تظل الشركات والبنوك المشار إليها في المادة الأولى محفظة بشكلها القانوني عند صدور هذا القانون ، وتستمر الشركات والبنوك والمنشآت المشار إليها في مزاوله نشاطها دون أن تسأل الدولة عن التزاماتها السابقة إلا في حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها في تاريخ التأميم . ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية إدماج أى شركة أو بنك أو منشأة منها في شركة أو بنك أو منشأة أخرى » .

وصدر في نفس اليوم (٢٠ يولييه سنة ١٩٦١) . القرار بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٦١ تنص المادة الأولى منه على ما يأتي : « يجب أن تتخذ كل من الشركات والمنشآت المبنية في الجدول المرافق لهذا القانون شكل شركة مساهمة عربية ، وأن تساهم فيها إحدى المؤسسات العامة التي يصدر بتشريعها قرار من رئيس الجمهورية بمسح لا تقل عن ٥٠ ٪ من رأس المال » . وعدد القانون طائفة من الشركات تخضع عليها المادة سالفة الذكر ، منها شركة مصانع يامن لفرجيج وكثير من شركات المفاوالت وكثير من شركات التصدير والتوريد ومن شركات الخليج والمطاحن ومصانع الفزك والتبيج . وقد أمت هذه الشركات تأميمها كاملا فيما بعد .

وفي نفس اليوم أيضاً (٢٠ يولييه سنة ١٩٦١) صدر القرار بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ ، وتنص المادة الأولى منه على أنه « لا يجوز لأي شخص طبيعي أو منقوى أن يملك في تاريخ صدور هذا القانون من أسهم الشركات المبنية في الجدول المرافق لهذا القانون ما يزيد قيمته السوقية عن عشرة آلاف جنيه ، وتؤول إلى الدولة ملكية الأسهم الزائدة . وتؤخذ هذه الزيادة من كل نوع من الأسهم بنسبة القيمة الزائدة إلى القيمة الكلية للأشهم ، بحيث تتبادل هذه القيمة عددا صحيحا من الأسهم . ولا تدرى أحكام هذه المادة على الأسهم التي تملكها الهيئات والمؤسسات العامة » . =

(الطريقة الثالثة) ونخص بها المرافق العامة ، وهى التأمين بسحب الالتزام ، وقد بدأ التأمين فى مصر ، أول ما بدأ ، فى صورة استيلاء الحكومة على المرافق العامة التى عهد بإدارتها إلى الملتزمين ، بعد نهاية مدة الالتزام أو فى أثناء هذه المدة . فاستولت الحكومة على شركة ترام الإسكندرية بالمرسوم الصادر فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٨ بعد انتهاء مدة الالتزام ، وعلى مرفق الغاز والكهرباء بالقاهرة بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٤٨ بعد انتهاء مدة الالتزام كذلك ، وعلى شركة سكك حديد الدلتا فى سنة ١٩٥٣ قبل نهاية مدة الالتزام . واتخذ التأمين مظهراً سياسياً بتأميم شركة قناة السويس بالقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ، فى صورة استرداد الالتزام الممنوح للشركة قبل نهاية مدته . وسحب الالتزام كذلك من شركة مياه القاهرة ، وشركة ماركونى ، وشركات النقل العام للركاب ، وشركة ترام القاهرة ، وشركة لبيون بالإسكندرية

وقد جعل المشرع لصاحب المشروع المزمع الحق فى تعويض عادل فى مقابل التأمين ، ويعتبر التعويض عن التأمين مبدأ أساسياً ، وهو الذى يميز التأمين عن المصادرة . ويتخذ التعويض عن التأمين صوراً شتى . فقد يكون تعويضاً نقدياً ، كما فى حالة تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها وكما فى حالة تأميم قناة السويس وشركة مياه القاهرة . وقد يكون التعويض بتحويل أسهم المشروع إلى سندات على الدولة لصالح المساهمين أو أصحاب المشروع المزمع ، كما وقع فى تأميم الشركات والبنوك بالقوانين رقم ١١٧ و ١١٨ و ١١٩ لسنة ١٩٦١ وتأميم منشآت كبس للقطن بالقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٦١ وتأميم بنك مصر والبنك الأهلى المصرى . وقد يكون التعويض ، فى حالة تأميم الشركات بتصفيتها بحكم القانون وإنشاء شركة جديدة من شركات الاقتصاد

= وتمس المادة ٣ من نفس القانون على أن تعدد الحكومة قيمة الأسهم التى آلت ملكيتها إليها بموجب سندات اسمية على البوالة لمدة خمس عشرة سنة بزيادة ٤٪ سنوياً ولكن صدر بعد ذلك قانون يقضى بأن الشخص لا يتقاضى هذه الزيادة إلا فى حدود ١٥٠٠٠ جنيه فقط ، وبذلك آلت ملكية ما زاد على هذه القيمة من الأسهم إلى الحكومة بدون أى مقابل أو أى تعويض . وبذلك بقى ما وقع للخاضعين للسراسة ، فهو لا يأخذ أيضاً لا يتقاضون تعويضاً من أموالهم إلا فى حدود ٣٠٠٠٠ جنيه ، فتكون الأموال الزائدة على هذا القدر قد آلت هى أيضاً إلى الحكومة دون أى مقابل أو أى تعويض . والشركات التى يسرى عليها هذا القانون هى أكبر الشركات التجارية والصناعية فى مصر ، وقد أتمت هذه الشركات بعد ذلك تأميمها كاملاً .

المختلط ، بتقويم أموال الشركة للصفاة وتقسيمها على أسهم يكون بعضها للمساهمين والبعض الآخر للدولة ، كما وقع في تصفية الشركة العامة لمصانع السكر والتكرير المصرية وشركة التقطير المصرية وإنشاء شركة مساهمة جديدة باسم شركة السكر والتقطير .

§ ٢ - نزاع الملكية للمنفعة العامة

٣٨٧ - قانونه نزاع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التجميع :
كان القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ بشأن نزاع ملكية العقارات للمنافع العمومية لدى المحاكم الأهلية والقوانين المعدلة له هي القوانين التي تسرى في نزاع ملكية العقار للمنفعة العامة أمام القضاء الوطني . ثم صدر المرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ بإدخال أحكام جديدة فيما يتعلق بنزع الملكية للمنافع العامة . وأخيراً صدر في ٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ يحل محل القانونين رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ ورقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ ويلغيهما . وجاء في صدر المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٥٤ : « تنظم إجراءات نزاع ملكية العقارات اللازمة للمنافع العامة الأحكام الواردة بالقانون رقم ٥ الصادر في سنة ١٩٠٧ ، وقد مضى على صدوره ما يقرب من نصف قرن تطورت خلاله أحوال البلاد تطوراً ملحوظاً في شتى وسائل الإصلاح ، وزادت أعمال المشروعات الخاصة بالرى والصرف وإنشاء الطرق والمستشفيات ودور التعليم والمنشآت العامة ، وقد أصبحت أحكام هذا القانون قاصرة عن مسايرة هذا التطور . لذلك كان من الضروري وضع تشريع ينظم نزاع ملكية العقارات التي تلزم لتنفيذ المشروعات ، بحيث يكفل إلى جانب حقوق ذوى الشأن سرعة القيام بهذه الإجراءات مبسطة حاسمة ، وتيسير الحاجة الملحة إلى تحقيق ثمرات المشروعات العامة للبلاد ، في أسرع وقت ممكن . وقد اشتمل مشروع القانون المرافق على المبادئ التي تحقق الأهداف المذكورة ، مع توفير الضمانات الكافية لحماية حق الملكية وكافة حقوق ذوى الشأن ، وتوضيهم عنها تعويضاً عادلاً يقتضونه في قرة وجيزة » .

ولما كان قانون نزاع الملكية للمنفعة العامة هو من المباحث الرئيسية لقانون

الإدارى ، فإنه لا يعنينا منه هنا إلا الأحكام التى تقرر فى حماية الملكية الخاصة ، والإجراءات التى رسمت لضمان هذه الحماية ، وبخاصة التعويض المزمع ملكيته تعويضاً عادلاً عن ملكه .

٣٨٨ - الضمانات التى تكفل حماية الملكية الخاصة فى قانون نزع

الملكية للمنفعة العامة : رأينا أن المادة ٨٠٥ من نص تنص على أنه « لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقرها القانون ، وبالطريقة التى يرسمها ، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل »^(١) . ولما كان قانون نزع الملكية للمنفعة العامة هو التطبيق المباشر لهذا النص ، فقد روعي فيه أن يشتمل على نفس الضمانات الواردة فى النص لكفالة الحماية الواجبة للملكية الخاصة . فهناك إذن ضمانات ثلاثة فى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة لتأمين حصانة الملكية الخاصة : (١) عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا فى الأحوال التى يقرها قانون نزع الملكية . (٢) وجوب اتباع الإجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية إذا عمدت جهة الإدارة إلى نزع الملكية الخاصة . (٣) وجوب تعويض المالك المزمع ملكيته تعويضاً عادلاً .

٣٨٩ - الضمان الأول - عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا فى

الأحوال التى يقرها قانون نزع الملكية : لا يجوز نزع الملكية إلا إذا كان ذلك تحقيقاً لمنفعة عامة . ويكون تقرير المنفعة العامة بقرار من الوزير المختص ، وينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ويلصق فى مقر العمدة أو البوليس وفى المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار وفى المثل المعد للإعلانات بالمحافظة .

واستثناء من الحكم السالف الذكر ، يجوز نزع الملكية ، لا تحقيقاً لمنفعة عامة ، بل من أجل التحسين . فقد نصت المادة ٢٢ من قانون نزع الملكية على أنه « إذا كان الغرض من نزع الملكية هو إنشاء أحد الشوارع أو الميادين أو توسيعه أو تعديله أو تحديثه أو إنشاء حى جديد أو لشأن من شؤون الصحة أو التحسين أو التجميل ، جاز أن يشمل نزع الملكية ، فضلاً عن العقارات

اللازمة للمشروع الأصلي ، أية عقارات أخرى ترى السلطة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض المقصود من المشروع ، أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين أو التجميل المطلوب . كما يجوز نزع ملكية أية عقارات أخرى بقصد تحقيق الأغراض سالفة الذكر ، دون أن يكون ذلك مرتبطا بمشروع منفعة عامة » .

ويمخلص من ذلك أن هناك حالتين يجوز فيها نزع الملكية الخاصة :
(١) الحالة التي تريد فيها جهة الإدارة تحقيق منفعة عامة ، لشأن من شؤون التنظيم (إنشاء شارع أو ميدان أو توسيعه أو إنشاء حي جديد إلخ) ، أو الصحة أو الرى ، أو الأغراض العسكرية ، أو غير ذلك من شؤون المنفعة العامة .
(٢) الحالة التي تريد فيها جهة الإدارة ، لتحقيق منفعة عامة ، بل التحسين والتجميل . والتحسين الذى تنزع الملكية لتحقيقه إما أن يكون تابعا لمشروع من مشروعات المنفعة العامة فتزعم ملكية عقارات أخرى غير العقارات اللازمة لتحقيق المنفعة العامة ، أو أن يكون مستقلا غير مرتبط بأى مشروع للمنفعة العامة فيكون نزع الملكية بقصد تحقيق التحسين أو التجميل المطلوب .

٣٩٠ - الضمان الثانى - وجوب اتباع الإجراءات التى رسمها

فانورد نزع الملكية : وهذه الإجراءات تتلخص فيما يأتى :
أولا - بيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة أو من أعمال التحسين : ويصدر بذلك قرار من الوزير المختص كما سبق القول^(١) ، ويرفق بهذا القرار مذكرة ببيان المشروع ورسم بتخطيطه الإجمالى . وينشر هذا القرار على الوجه المبين فيما سبق^(٢) ، وبمجرد حصول النشر يكون لمنوبى المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية الحق فى دخول العقار لإجراء العمليات الفنية والمساحية ووضع علامات التحديد والحصول على البيانات اللازمة بشأن العقار .
ثانيا - حصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها وعرض البيانات الخاصة بها : ويكون ذلك بواسطة لجنة مؤلفة من منسوب عن المصلحة القائمة بنزع الملكية وأحد رجال الإدارة المحليين والصراف . وتحرر اللجنة ، بحضور ذوى

(١) انظر آفا فقرة ٣٨٩ .

(٢) انظر آفا فقرة ٣٨٩ .

الشأن بعد إخطارهم بالحضور في الموعد المعين ، محضراً تبين فيه هذه العقارات وأبناء الملاك وأصحاب الحقوق (من ذوى الحقوق العينية والمستأجرين) . ويكون التحقق من صحة البيانات المذكورة بمراجعتها على دفاتر المكلفات والمراجع الأخرى . وتعد المصلحة القائمة بنزع الملكية كشوفاً من واقع عملية الحصر سالفة الذكر تبين فيها العقارات التي تم حصرها ومساحتها ومواقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التي تقلدها لهم ، وتعرض هذه الكشف ومعها خرائط تبين مواقع هذه العقارات في المقر الرئيسي للمصلحة وفي المكتب التابع لها بعاصمة المحافظة وفي مقر العمدة أو مقر البوليس لمدة شهر . ويخطر الملاك وأصحاب الشأن بهذا العرض : بطلب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول . ويخطر في نفس الوقت الملاك والمستأجرون بالإخلاء ، على أن يتم الإخلاء في مدة أقصاها خمسة شهور . وتقدم الاعتراضات من ذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء مدة العرض وهي شهر كما قلنا ، وتتعلق هذه الاعتراضات إما بحق على العقار فترفق به جميع المستندات المؤيدة له : أو بالتعويض الذي قدرته المصلحة وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعويض .

ثالثاً - نقل ملكية العقار المزروع ملكيته : فإذا لم تقدم اعتراضات أصبحت الكشف نهائية ، ويكون أداء التعويض المقرر إلى أصحاب الحقوق ميراثاً للذمة الجهة نازعة الملكية في مواجهة الكافة ، ويوقع أصحاب هذه الحقوق نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة . أما إذا قدمت اعتراضات : أو تعذر لأى سبب آخر الحصول على توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بنقل الملكية : فإن الوزير المختص يصدر قراراً بنزع ملكية العقار . وتودع النماذج أو القرار الوزاري الصادر بنزع الملكية في مكتب الشهر العقاري : ويرتب على هذا الإيداع بالنسبة إلى العقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع . وإذا لم تودع النماذج أو القرار الوزاري بنزع الملكية في مكتب الشهر العقاري خلال سنتين من تاريخ نشر القرار المقرر للمنفعة العامة في الجريدة الرسمية : سقط مفعول هذا القرار بالنسبة إلى العقارات التي لم تودع النماذج أو القرار الوزاري الخاص بها .

رابعا - الاستيلاء الموقت على العقار : وفي حالة الاستعجال قد ترى الجهة تنازعة الملكية ضرورة الاستيلاء الموقت على العقار المطلوب نزع ملكيته حتى تتم الإجراءات اللازمة لنزع الملكية ، فيصدر بذلك قرار من الوزير المختص ينشر في الجريدة الرسمية ويشمل بيانا إجماليا بالعقار واسم المالك الظاهر مع الإشارة إلى القرار الصادر بتقرير المنفعة العامة . ويبلغ قرار الاستيلاء لأصحاب الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول ، يعطون فيه مهلة لا تقل عن أسبوعين لإخلاء العقار . ويرتب على نشر قرار الاستيلاء في الجريدة الرسمية اعتبار العقار مخصصا للمنفعة العامة . ويكون لصاحب الشأن في العقار المستولى عليه الحق في تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلي حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية . وله خلال الثلاثين يوما من تاريخ إعلانه بقيمة التعويض عن عدم الانتفاع حق المعارضة في هذا التقدير ، ويكون الفصل في المعارضة طبقا للنصوص الخاصة بالمعارضة في تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية (وسيأتي بيانها) ، وتعين المصالحة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء قيمة التعويض ويعلن صاحب الشأن بذلك . ولا يجوز إزالة المنشآت أو المباني ذات القيمة ، في أثناء مدة الاستيلاء ، إلا بعد انتهاء الإجراءات الخاصة بتقدير قيمة التعويضات المستحقة تقديرا نهائيا .

٣٩١ - الضمان الثالث - وجوب تعويض المالك المزروع ملكية

فويضنا عاود : قدعنا أن المصلحة القائمة بنزع الملكية تعد كشفا من واقع عملية الحصر تبين فيه التعويض الذي تقدره للعقار المطلوب نزع ملكيته (١) ، فإن لم يعترض المالك على هذا التقدير تقاضى التعويض المقدّر . ووقع نموذجنا خاصا بنقل ملكية العقار للمنفعة العامة ، وإيداع هذا النموذج في مكتب الشهر العقاري يرتب عليه بالنسبة إلى العقار جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع (٢) :

(١) وقد قست محكمة النقض بأن البيرة في تقدير ثمن العين المزروعة ملكيا هي بوقت نزع الملكية (نقض مدني ٢٧ يونيو سنة ١٩٥٧) بحسوة أحكام النقض ٨ ص ٦٣٨ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٠ بحسوة أحكام النقض ١١ ص ٣٥٠ .

(٢) انظر أيضا فقرة ٣٩٠ .

أما إذا اعترض المالك على تقدير المصلحة للتعويض ، فإن الاعراض يقدم إلى المقرر الرئيسي للمصلحة أو إلى المكتب التابع لها بعاصمة المحافظة للكائن في دائرتها العقار ، ويجب أن يرفق به إذن يريد يساوى ٢ ٪ من قيمة الزيادة التي يطلبها بحيث لا يقل هذا المبلغ عن خمسين قرشا ولا يجاوز عشرة جنيهات ، ويعتبر الاعراض كأن لم يكن إذا لم يرفق به هذا الرسم كاملا وذلك للاستيثاق من جدية الاعراض . وقد قدمنا أنه في حالة الاعراض يصلح الوزير المختص قرارا بنزع ملكية العقار ، ويودع القرار في مكتب الشهر فيكون للإبداء جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع^(١) .

وترسل المصلحة القائمة بنزع الملكية الاعراض ، خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انقضاء مدة الثلاثين يوما المحددة لتقديم الاعراضات ، إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار المطلوب نزع ملكيته ، ليحيله بدوره في ظرف ثلاثة أيام إلى القاضي الذي يندبه لرياسة لجنة الفصل في هذه المعارضات . ويقوم قلم كتاب المحكمة بإخطار المصلحة وجميع أصحاب الشأن ، بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ، بالتاريخ المحدد لنظر المعارضة . وتشكل لجنة الفصل في المعارضات الخاصة بالتوصيفات برئاسة هذا القاضي الذي ندبه رئيس المحكمة وعضوية اثنين من الموظفين الفنيين ، أحدهما عن مصلحة المساحة والثاني عن المصلحة القائمة بنزع الملكية ، يختارهما وزير الأشغال بالاتفاق مع الوزير المختص . وتفصل اللجنة في المعارضة خلال شهرين من تاريخ ورودها إليها .

وللمصلحة القائمة بنزع الملكية ولأصحاب الشأن الحق في الطعن في قرار لجنة المعارضات أمام المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانهم بالقرار المذكور ، وتنتظر المحكمة في الطعن على وجه الاستعجال ، ويكون حكمها فيه نهائيا .

والمعارضة في التعويض لا تحول دون حصول ذوى الشأن على المبالغ المقدرة بمعرفة المصلحة ، وإذا تعلق النفع لأي سبب كان ظلت المبالغ مودعة بأمانات المصلحة مع إخطار ذوى الشأن بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب

بعلم الوصول . ويكون دفع التعويض للنوى الشأن ، أو إخطارهم بتعذر الدفع ، مبرراً لفئة المصلحة من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع في حالة استيلاء المصلحة على العقار تمهيداً لنزع ملكيته .

ويراهى ، فيما يتعلق بالتعويض ، تطبيق القواعد الآتية : (١) إذا كانت قيمة العقار الذى تقرر نزع ملكيته لأعمال التنظيم في المدين قد زادت نتيجة تنفيذ مشروع سابق ذى منفعة عامة ، فلا تحسب هذه الزيادة في تقدير التعويض إذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدء التنفيذ في المشروع السابق . وإذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة في غير مشروعات التنظيم داخل المدين ، وجبت مراعاة هذه الزيادة أو النقصان في تقدير التعويض ، بحيث لا يزيد المبلغ الواجب إضافته أو إسقاطه عن نصف القيمة التى يستحقها المالك مقابل نزع الملكية . (٢) العقارات التى يطرا عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة في مشروعات التنظيم في المدين دون أخذ جزء منها ، يلزم ملاكها بدفع مقابل هذا التحسين بحيث لا يجاوز ذلك نصف التكاليف الفعلية لإنشاء أو توسيع الشارع أو الميادين التى نتج عنه هذا التحسين . ويسرى هذا الحكم إذا كان نزع الملكية لمشروعات التنظيم في المدين قاصراً على جزء من العقار ، ورأت السلطة القائمة على أعمال التنظيم أن احتفاظ المالك بالجزء الباقى من العقار لا يتعارض مع الغاية من المشروع المراد تنفيذه . (٣) العقارات اللازم نزع ملكية جزء منها تشتري بأكملها ، إذا كان الجزء الباقى منها يتعذر الانتفاع به ، ويكون ذلك بناء على طلب يقدمه صاحب الشأن . (٤) لا يدخل في تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية المباني أو الفراس أو التحسينات أو عقود الإيجار أو غير ذلك ، إذا ثبت أنها أجريت بقصد الحصول على تعويض أزيد ، وذلك بغية إخلال بحق صاحب الشأن في إزالة هذه التحسينات على نفقته الخاصة بشرط عدم الإضرار بالمشروع المراد تنفيذه . وكل ما يعمل أو يتخذ من هذا القبيل بعد نشر القرار المقرر للمنفعة العامة في الجريدة الرسمية يعتبر أنه أجرى للفرض المذكور ، ولا يدخل في تقدير التعويض . (٥) دعاوى الفسخ ودعاوى الاستحقاق وسائر الدعاوى المدنية لا توقف إجراءات نزع الملكية ولا تمنع نتائجها ، وينتقل حق الطالين إلى التعويض . (٦) يجوز للسلطة القائمة على

أعمال التنظيم ، في حالة نزع الملكية لتحسين أو التجميل أو لإنشاء حي جديد ، تأجيل دفع الثمن أو التمييز المستحق عن كل عقار تجاوز قيمته ألف جنيه لمدة لا تزيد على خمس سنوات ، وبفائدة قدرها ٤ ٪ من قيمة المبالغ المأجلة ، وتبلغ الفائدة في نهاية كل سنة ^(١٠) .

(١٠) والتمييز عن نزع الملكية على النحو السابق الذكر غير التمييز عن استيلاء الحكومة على العقار جبراً عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات القانونية . وقد نقت بحكمة النقض بأنه إذا كانت الحكومة قد استولت على عقار جبراً عن صاحبه بدون اتباع إجراءات قانون نزع الملكية ، ووضع صاحب العقار دعوى يطالب بقيته وقت رفع الدعوى ، فإن الحكم بتقدير ثمن العقار بقيته وقت الاستيلاء دون وقت رفع الدعوى يكون غير صحيح في القانون . ذلك أن استيلاء الحكومة على العقار جبراً عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة نكسب يستوجب مسؤوليتها عن التمييز ، وليس من شأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار الفاصب . ويستتبع هذا النظر أن صاحب هذا العقار يظل محظوظاً بملكه رغم هذا الاستيلاء ، ويكون له الحق في استرداد هذه الملكية إلى أن يصدر مرسوم ينزع ملكية العقار المذكور أو يستحيل رده إليه أو إذا اختار هو المطالبة بالتمييز عنه . وفي الحالتين الأخيرتين يكون شأن المالك عند مطالبة بالتمييز شأن المتضرر من أي عمل غير مشروع ، له أن يطالب بتمييز الضرر سواء في ذلك ما كان قائماً وقت النكسب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض ص ٧٨٢) .

الباب الثاني

القيود التي ترد على حق الملكية

٣٩٢ — **نوع القيود التي ترد على حق الملكية :** لما كان حق الملكية ، كما قدمنا ، حقا غير مطلق ، فإن القيود التي ترد عليه من شأنها أن تؤكد هذا المعنى . وقد تعددت هذه القيود ، وتنوعت ، وتكاثرت بخاصة في العهود الأخيرة . عندما أخذت المذاهب الاشتراكية في الانتشار . وكان الهدف الرئيسي لهذه المذاهب هو حق الملكية ، فطالبت بإلغائه فيما يتعلق بوسائل الإنتاج . ونجم عن ذلك أن أخذت النظم القانونية ، حتى غير الاشتراكية منها ، تقيد من حق الملكية ، وتكثر من القيود التي ترد عليه ، وقد بينا فيما تقدم^(١) مدى الوظيفة الاجتماعية التي لحق الملكية .

وسرى فيما يلي كيف تنوعت هذه القيود ، فبعض منها يقرر للمصاحبة العامة ، وبعض آخر يقرر للمصاحبة الخاصة ، وبعضها يرد على حق الملكية بعد قيامه ، وبعضها يرد على الحق في التملك قبل قيام حق الملكية . وكثير من هذه القيود يرجع إلى الجوار ، سواء الجوار بوجه عام ، أو الرى والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسبل ، أو التلاصق في الجوار كوضع الحدود بين الجيران التلاصقين وحق المرور في أرض الجار وحق فتح المظلات والذاور على ملك الجار .

٣٩٣ — **طبيعة هذه القيود وهل هي مقرونة ارتفاعاً ؟ :** حتى الارتفاق كما سئرى ذلك في موضعه ، هو حق يقرر على حقار لمصاحبة حقار آخر ، فيخرج بكل من حقار المرتفق به والحقار المرتفق عن النظام المألوف لحق الملكية ، إذ الأصل أن يكون حق الملكية خالياً من القيود إلا تلك التي فرضها

(١) انظر آتفا فقرة ٣٣٢ وما بعدها .

القانون . فما تقرر من قبله - غير القيود التي تعتبر هي التنظيم العام لحق الملكية - فخرج بالملكية من حدود هذا التنظيم العام ، فهو حق ارتفاق . أما تلك القيود التي فرضها القانون ، ما تقرر منها للمصلحة العامة ، أو ما تقرر للمصلحة الخاصة كقيود الجوار والرى والصرف بين الجيران من شرب ويجرى ومسيل ووضع الحدود بين الجيران المتلاصقين وحق المرور في أرض الجار وحق فتح المطلات والمنابر على ملك الجار ، هذه القيود التي فرضها القانون والتي تمثل التنظيم العام المألوف لحق الملكية ليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق . فقد قلنا أن حق الارتفاق في معناه الصحيح هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، في حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المألوف ، بل هي ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية^(١) . ويبنى على أن هذه القيود القانونية ليست بحقوق ارتفاق ما يأتي :

١ - إذا باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وضمن للمشتري خلوه من حقوق ارتفاق ، ثم تبين أن هناك قيوداً قانونية ترد على العقار المبيع من نحو حق شرب أو يجرى أو مسيل أو من نحو حق معطل أو حق مرور ، فإن هذه القيود لا يضمنها البائع لأنها ليست بحقوق ارتفاق كما قلنا ، بل هي التنظيم الطبيعي المألوف لحق الملكية . وكان على المشتري أن يدرك أن هذه القيود موجودة دون أن يذكرها له البائع ، لأنها قيود قررها القانون لينظم تنظيمًا عاماً حقوق الجيران بعضهم قبل بعض . ولم يقصد البائع ، من ضمانه خلوه العقار من حقوق ارتفاق ، أن يضمن خلوه العقار من هذه القيود ، فهي قيود فرضها القانون وعلى المشتري أن يعرف ذلك . وإنما قصد البائع أن يضمن خلوه العقار من حق ارتفاق فرضه الاتفاق لا القانون ، وخرج به عن حدود التنظيم العام لحق الملكية^(٢) .

٢ - فإذا ضمن البائع خلوه المبيع من حق ارتفاق المعطل ، فهو لا يضمن بملك خلوه المبيع من حق المعطل القانوني إذ أن هذا ليس بحق ارتفاق بل هو قيد قانوني على الملكية . وإنما يضمن للمشتري خلوه المبيع من حق ارتفاق

(١) ديجولومب ١١ فقرة ٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ .

(٢) كولان وكابيتان وهى لاموراندوير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ - الوسيط ٤ فقرة

٣٥٨ ص ٧٠٣ هامش ١ والمراجع المشار إليها ، سنكيرة فقرة ٦٤ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٢ .

للمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم ، وهو أن يفتح الجار مطالاً على مسافة أقل من المسافة القانونية^(١) .

٣- لا تزول هذه القيود القانونية بعدم الاستعمال ، لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتلدوم بدوام هذا الحق . ولو كانت هذه الحقوق حقوق ارتفاق حقيقية ، لزالَت بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . كذلك لا تكسب هذه القيود بالتقادم المكسب ، لأن الإفادة منها تعتبر رخصة من المباحات ، فلا تصلح مبدأ لحيازة مكسبة لارتفاق بالتقادم . فإذا زال انحباس الأرض بعد خمس عشرة سنة لم يكن للمالك هذه الأرض أن يدعى أنه كسب حق المرور القانوني بالتقادم . ولو كان حق المرور اتفاقياً ، للملك بالتقادم المكسب^(٢) .

وقد كان التفتين المدني السابق يعتبر هذه القيود القانونية الواردة على حق الملكية حقوق ارتفاق قانونية ، فرجع التفتين المدني الجديد عن هذا الاتجاه وسار في اتجاه أدق ، إذ فصل ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وهو الذي يبناه فيما تقدم وبين القيود القانونية التي ترد على حق الملكية . وأورد هذه القيود في مكانها الصحيح عندما عرض لقيود الملكية ، ولم يضعها في الفصل الذي عرض فيه لحق الارتفاق . وتقول المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « وضع المشروع في حق الارتفاق نصوصاً تقرر القواعد العامة في هذا الموضوع ، بعد أن فصل ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وبين القيود القانونية التي ترد على حق الملكية ، وكثيراً ما تسمى بحقوق الارتفاق القانونية^(٣) » .

(١) كولان وكابيتان دى لاموراندير ١ فقرة ١٠٥٥ ص ٨٥٥ .

(٢) حسن كيرة فقرة ٦٤ ص ٢٠١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢١ - وتقول أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وانتقل المشروع بعد ذلك إلى ما يرد على الملكية من قيود ، وهي نوعان : قيود قانونية وقيود اتفاقية . فالقيود القانونية قد تتضمنها تشريعات خاصة تصدر لتتسيد حق الملكية مراعاة لمصلحة عامة أو لمصلحة خاصة جليرة بالرعاية . وقد تكون قيوداً اقتضتها التزامات الجوار .. وقد تكون ما يسميه التفتين الحالي (السابق) بحقوق الارتفاق : وقد نقلها المشروع من المكان المخصص لحقوق الارتفاق إلى المكان الذى ينبغي أن توضع فيه بين القيود القانونية التي ترد على حق الملكية » (حوزة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦) .

على أن هذه المسألة قد اختلفت فيها الأنظار . فمن الفقهاء في فرنسا من يذهب إلى أن هذه القيود هي حقوق ارتفاق قانونية ، وإن كان يسلم بأن الأصل في حق الارتفاق أنه قيد برد استثناء على حق الملكية على خلاف الوضع المألوف^(١) . ومن الفقهاء من يميز بين القيود المقررة للمصلحة العامة وهذه ليست حقوق ارتفاق وإنما هي قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة ، وبين القيود المقررة للمصلحة الخاصة ، وفي هذه يفرق بين القيود المتعلقة بالمياه وبوضع الحدود والتحريظ وبالحفاظ المشترك وهذه قيود وليست حقوق ارتفاق ، وبين القيود الأخرى وبخاصة حق المرور وهي ذات طبيعة مختلطة تجمع بين معنى القيد ومعنى حق الارتفاق^(٢) . والغالبية من الفقهاء يذهبون صراحة إلى أن كل هذه القيود إنما هي قيود ترد على حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح^(٣) .

والفقه المصري هو أيضاً متقسم . ففي حين أن القلة من الفقهاء تلحظ إلى أن هذه القيود القانونية هي حقوق ارتفاق حقيقية^(٤) ، أو إلى أن بعض هذه القيود تعتبر حقوق ارتفاق حقيقية (ارتفاقات المياه والمرور) وبعضها ليس إلا مجرد قيود ترد على حق الملكية^(٥) ، فإن الكثرة من الفقهاء تأخذ بالرأي الصحيح وهو الرأي الذي سار عليه التقنين المدني الجديد ، فتعتبر أن هذه

(١) بودرى وشوفو فترة ٨١٨ ص ٥٣٥ - ص ٥٣٦ - پلانول وريوير ديكار ٣

فترة ٩٠٥ ص ٨٨٤ - پلانول وريوير وبولانجه ١ فترة ٣٦٧٨ - كولان وكايتان وهو لاموراندوير ١ فترة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ - ص ٨٠٦ .

(٢) بيدان وفواران ٤ فترة ٥٦٢ وما بعدها - ماري وريغو فترة ١٤٤ وفترة ١٤٤

مكررة - كاربوليه ص ١٨٤ - ص ١٨٥ .

(٣) ديملوب ١١ فترة ٨ - أوبري ورو ٢ فترة ١٩٤ ص ٢٨١ - جوسران ٤

فترة ١٩٦٨ - ديلاج ٥ فترة ٩٤٢ - مازو فترة ١٧٠٦ وانظر أيضاً فترة ١٣٨٢ - وقرب كولان وكايتان وديلاموراندوير ١ فترة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .

(٤) شفيق شحاتة فترة ٣٢٠ - ومع ذلك انظر فترة ٣٢٠ ص ٣٢٥ وهانش ٣ حيث يعود حكم محكمة استئناف مصري ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ الحاشية ١٦ رقم ١٦٨ ص ٣٧٩ في المعنى العكسي .

(٥) عبد الفتاح عبد الباقى فترة ٩١ - عبد المنعم البهراوى فترة ٧٨ - منصور مصطفى منصور فترة ٣٩ ص ٩٦ - ص ٩٧ (مع ذلك انظر ص ٩٧) .

القيود جميعاً إنما هي قيود ترد على حق الملكية وليست حقوق أو نفاذ حقيقي^(١)

٣٩٤ - تقسيم قيود الملكية إلى قيود المصلحة العامة وأخرى للمصلحة

المقارنة - نص قانوني : تنص المادة ٨٠٦ مدني على ما يأتي :

« على المالك أن يراعى في استعمال حقه ما تقتضيه به القوانين والمراسيم والوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة ، وعليه أيضاً مراعاة الأحكام الآتية »^(٢).

والنص ، كما نرى ، يقسم القيود التي ترد على حق الملكية إلى قيود متعلقة بالمصلحة العامة وأخرى تتعلق بالمصلحة الخاصة . ولم يتفق الفقهاء على تقسيم واحد لقيود الملكية ، بل تنوعت طرائقهم في هذا التقسيم . ونحن نؤثر أن نجاري التقسيم اللدني في التقسيم الذي أخذ به ، ونبحث في فصلين متعاقبين القيود التي ترد على حق الملكية لحماية المصلحة العامة وتلك التي ترد لحماية

(١) محمد حل معرفة فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - إسحاق غانم فقرة ٤٤ - محمد المنعم فرج الصلة فقرة ٥٢ - حسن كيرة فقرة ٦٤ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٣٧٣ ص ٤٠١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٨ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في الترتيب المدني الجديد ، ولم يكن نص المشروع التمهيدي يشتمل على عبارة « في استعمال حقه » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٧٤ في المشروع النهائي ، بعد أن أضافت عبارة « في استعمال حقه » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في الترتيب المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٦ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٢٦ - ص ٢٧) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص : « تبدأ سلطة القيود القانونية التي ترد على حق الملكية بنص يشير إلى القوانين الخاصة ، وما يلحق بها من مراسيم ولوائح تتعلق بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة ويكون من شأنها التقييد من حق الملكية ، وذلك كقانون نزع الملكية وقوانين الآثار وقانون المحلات الخفيفة لراحة ولأمانة الترع والجسود (حوزة الأعمال التشريعية ٦ ص ٢٦) .

ولا مقابل النص في الترتيب المدني السابق ، ولكن الحكم كان مسؤولاً به .

ومقابل النص في الترتيبات المدنية لحرية الأخرى :

الترتيب المدني السوري م ٧٧٣ (مطابق) .

الترتيب المدني الليبي م ٨١٥ (مطابق) .

الترتيب المدني العراقي لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

المصلحة الخاصة ، مع ملاحظة أن ما يرد من القيود لحماية المصلحة الخاصة قصد به أن ينتهي إلى حماية المصلحة العامة عن طريق حمايته للمصلحة الخاصة .

الفصل الأول

قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة

٣٩٥ - نوعان من القيود : ويمكن ، في القيود التي تتعلق بالمصلحة العامة ، التمييز بين نوعين :

(النوع الأول) قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه .
(النوع الثاني) قيود يقررها القانون قبل قيام حق الملكية ، فهي واردة على حق التملك في ذاته . ونبحث منها القيود التي قررها قانون الإصلاح الزراعي والقيود التي ترد على حق الأجانب في تملك العقار بمصر .

الفرع الأول

قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه

٣٩٦ - نص قانوني : تنص المادة ٨٢٢ مدني على ما يأتي :
« المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة في اللوائح ، وبالشروط التي تفرضها »^(١) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٣/٤١^(٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٠ من المشروع المتهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وولقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٣ في المشروع النهائي ، ثم مجلس النواب تحت رقم ٨٩١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٢ (حوطة الأعمال التشريعية ٦ ص ٧٢ - ص ٧٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٣/٤١ : عللت المعامل والآبار والآلات البخار والمحلات المضرة بالجيران يجب أن تبني بالبعد عن المساكن والمسافات المقررة باللوائح ، على معنى الشروط المبينة بها (والتقنين المدني السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد) .

م ٧٧٧ - وفي التفتين المدني الليبي م ٨٣١ - ولا مقابل له في التفتين المدني العراقي ، ولا في قانون الملكية العقارية اللبناني^(١) .

وهذا النص تطبيق مباشر لما سبق أن قررته المادة ٨٠٦ مدني فيما رأينا^(٢) من وجوب أن يراعى المالك في استعمال حقه ما تقتضيه القوانين والمراسيم والوائح المتعلقة بالمصلحة العامة^(٣) . وقد خصص النص بالذكر المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المجال المفرة بالجيران ، ويمكن إحكامها فيما يسمى بالمجال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة .

وهناك قيود أخرى كثيرة ترد على حق الملكية للمصلحة العامة ، قررتها القوانين والمراسيم والوائح . وليس هنا مقام حصر هذه القيود ، إذ هي تتدخل في مباحث القانون الإداري .

وقد مر بنا بعض من هذه القيود في مواطن متفرقة ، منها حقوق الارتفاق الإدارية^(٤) ، ونزع الملكية للمنفعة العامة^(٥) ، والاستيلاء الموقت^(٦) ، والحراسة^(٧) ، والتأميم^(٨) .

وتقتصر هنا على استعراض بعض القيود الأخرى المقررة للمصلحة العامة ، في إيجاز تام . فنتناول أولاً ما عرضته له المادة ٨٢٢ مدني سالف الذكر

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٧٧٧ (مطابق) - وانظر أيضاً م ٩٦٧ .

التفتين المدني الليبي م ٨٣١ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) انظر آتفا فقرة ٢٩٤ .

(٣) أما بقية القيود القانونية التي أوردها التفتين المدني فتعلق بالمصلحة الخاصة ، وسنعرض لها تفصيلاً فيما يأتي .

(٤) انظر آتفا فقرة ٥٨ .

(٥) انظر آتفا فقرة ٢٨٧ وما بعدها .

(٦) انظر آتفا فقرة ٣٨٤ .

(٧) انظر آتفا فقرة ٣٨٥ .

(٨) انظر آتفا فقرة ٣٨٦ .

من القيود المتعلقة بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، وتركيب الآلات البخارية . ثم نخرج على طائفة أخرى من القيود تتعلق بالتراحات المنوعة ، وبجماية الآثار التاريخية .

ولا جدوى من محاولة ترتيب هذه القيود وتصنيفها ، فهي قيود متناثرة متشعبة (١) ، وحمل دراساتها التفصيلية هو كما قلنا القانون الإداري .

٣٩٧ - المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة : يتقيد ملاك المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة (*établissements incommodes, insalubres et dangereux*) ، في إنشاء محل من هذه المحال أو تشييده ، بوجود الحصول على رخصة من جهة الإدارة تطلى لئالك مقلما . ويجب الرخصة أيضاً فيما إذا نقل المحل من مكان إلى مكان آخر ، أو أحدث في المحل تغير من شأنه تعديل كيفية التشغيل تبديلا كليا يتعلق بالراحة وبالصحة وبالأمن العام (انظر م ١ م ٤ من القانون رقم ١٣ الصادر في ٢٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ م) . وقد وضع المشرع اشتراطات ومواصفات تتحتم مراعاتها في إنشاء هذه المحال ، وهدف منها إلى المحافظة على صحة الجمهور ووقايته وسلامته وراحته . وقد قضت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة في هذا الصدد بأن الأهداف التي يهدف إليها المشرع في القانون رقم ١٣ لسنة

(١) ويصنف الأستاذ محمد كامل مرسى أمم هذه القيود على الوجه الآتي : دأولا - القيود المقررة لمنفعة العامة كنزع الملكية لمنفعة العامة والاستيلاء المؤقت على العقارات لمنفعة العامة في حالة حصول فرق مثلا أو قطع جسر الخ - ثانيا - القيود المقررة لمصلحة الأمن العام أو الصحة العامة ، مثل القيود الخاصة بالتنظيم ، أو التي يجب مراعاتها في إنشاء المزب والفرائب ، أو المحال العمومية ، أو المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، أو إقامة الآلات لرافعة ، أو تركيب الآلات البخارية ، أو إحداث الحفر أو البرك ، أو جوار السكك الحديدية ، أو تسوير الأراضي لقضاء الخ - ثالثا - القيود المقررة لمصلحة الزراعة ، مثل القيود المنزلة بالتبويض مالمكو الأراضي المجاورة لقرع والمصارف ونحوها ، والقيود الخاصة بوقاية القطن والمزروعات الأخرى - رابعا - القيود المقررة لتسهيل الملاحة البحرية - خامسا - القيود المقررة لمصلحة الحرية ، مثل إنشاء مناطق خطر حول القنصل - سادسا - القيود الموسوعة لحفظ الحرية الأملية وإماتها ، مثل القيود الخاصة بالمناجم ونحوها ، وحماية الآثار التاريخية - سابعا - القيود المقررة لمصلحة المالية ، كالتراخيص المنوعة ، (محمد كامل مرسى ١٠٢١) .

(٢) انظر استئناف مخط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٨ .

١٩٠٤ بشأن المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، وفي اللائحة المرافقة لهذا القانون ، وفي الاشتراطات والمواصفات التي تتحتم مراعاتها في إنشاء هذه المحلات ، إنما تنحصر في المحافظة على صحة الجمهور ووقايته وسلامته وراحته ، ويترتب على ذلك أن استعمال الحق المحل بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ بلجهة الإدارة في قبول أو رفض الترخيص في إنشاء هذه المحلات تبعاً لما تراه من ملاءمة أو عدم ملاءمة بمواقعها يجب أن يكون منوطاً بتوخى الأغراض التي منحت من أجلها هذا الحق . فإذا ما انحرفت جهة الإدارة في استعماله عن هذه الأغراض ، وكان رائدها في تصرفها تحقيق غاية أخرى لا تمت لهذه الأغراض بسبب ، فإن قرارها في هذا الشأن يكون مخالفاً للقانون ، مشوباً بإساءة استعمال السلطة ، وبالتالي يكون واجب الإلغاء^(١) .

وللجان الرخصة سאלفة الذكر ، يجب على كل مالك لأحد هذه المحال أن يتبع أوامر جهة الإدارة ، وللجهة المذكورة الحق في أى وقت أن تقرر ما تراه ضرورياً من الأحكام والإجراءات الخاصة فيما يتعلق بأوضاع المحل الداخلية ، والآلات المستعملة فيه ، وكيفية التشغيل ، والساعات التي يمكن العمل فيها ، حرصاً على الذين يرددون إليها أو يشتغلون فيها أو يقيمون بجوارها (م ٣ من اللائحة التنفيذية الصادرة في ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٤ بتنفيذ القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤)^(٢) . وتقضى المادة ٦ من اللائحة التنفيذية المذكورة بالأدخل للحكومة مطلقاً فيما يكون للغير من العلاقات مع المرخص له بإنشاء وتشغيل محل مقلق للراحة ومضر بالصحة وخطور ، بل يكون المرخص له هو المسئول عن كل عمل يحدث ضرراً أو غير ذلك بسبب إنشاء المحل أو لأى سبب آخر .

وقد صدر القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٩ بإجازة تجديد مناطق صناعية في المدن ومجاورتها ، وتقضى المادة الأولى منه بأنه يجوز في المدن ومجاورتها أن تحدد منطقة أو أكثر تخصص دون غيرها لما ينشأ أو يدار من المصانع والمعامل

(١) محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام مجلس الدولة ٤ رقم ٢٣ ص ١٠٤ .

(٢) انظر استئناف غنط ٢٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٣ .

واللورش وغير ذلك من المحال المتلفة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة التي تعين بقرار من وزير الصحة بالاتفاق مع وزير التجارة والصناعة . وتعين مرسوم المدن ومجاورتها التي يسرى عليها هذا القانون . ومع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ بشأن المحال المتلفة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة والأمر العالي الصادر في ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ بشأن الآلات البخارية ، لا يجوز داخل المدن ومجاورتها المخصص لها مناطق صناعية إنشاء أو إدارة محل من المحال المشار إليها في المادة الأولى المتقدمة أو الترخيص في شيء من ذلك في غير هذه المناطق .

٣٩٨ - تركيب الآلات البخارية : وهناك قيود على تركيب الآلات البخارية شبيهة بالقيود التي أسلفناها فيما يتعلق بالمحال المتلفة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . فقد اشترط الأمر العالي الصادر في ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ والمعدل بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٣٧ الحصول على رخصة من جهة الإدارة لتركيب آلة بخارية ، أو مرجل (قزان) ، أو لإحداث تغيير كلي في الآلة البخارية المخصص بها ، أو لترميمها ترميما هاما من شأنه تعديل كيفية تشغيلها ، أو لنقلها إلى اسم شخص آخر ، أو لنقلها إلى مكان آخر ، وذلك حرصا على الراحة والأمن العام والصحة .

ويفرق القرار الصادر من وزارة الأشغال في ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٠ بتنفيذ الأمر العالي سالف الذكر بين الآلات البخارية التي تزيد قوة مراجلها على ستة خيول وتلك التي لا تزيد قوة مراجلها على ذلك . وتشترط شروطا تتعلق بالبعد عن المساكن والجنسور والطرق العامة ، وارتفاع المدخنة ، وبغير ذلك من القيود ، بالنسبة إلى كل من النوعين (١) .

(١) وفيما يتعلق بآلات رفع المياه انظر المواد ٤٤ - ٤٦ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٠٣ بشأن الري والصرف (المعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٠٩ ، والقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٠٩) وتقتضى المادة ٤٥ من هذا القانون بأنه لايجوز بيع ترخيص من تفتيش الري لإقامة أية آلة من الآلات الرافعة التي تدار بالمشاية كالمشاية أو القابوت لرفع المياه من النيل أو من أحد الماري للامة أو الخاصة وذات الانضغ المشترك ، أو لتصريف مياه الصرف في النيل أو في أحد المصارف العامة أو في البحيرات . وتقتضى المادة ٤٦ بأنه لايجوز بيع ترخيص من مفتش الري لإقامة أو إدارة آلة محرك أو غلبة أو أي جهاز من الأجهزة التي تحركها إحدى الآلات الخاصة أو =

٣٩٩ - **الزراعات المحسنة** : يقضى الأمر العالي الصادر في ٢٥ يوتيه سنة ١٨٩٠ ، المعدل بالأمر العالي الصادر في ١٠ مايو ١٨٩٢ ، بمنع زراعة الدخان والتبناك في جميع أنحاء مصر ، ومن يزرع دخانا أو تبناكا يعاقب بغرامة قدرها ٢٠٠ جنيه عن كل فدان أو جزء من فدان ، فضلا عن مصادرة الزراعة وإتلافها . والسبب في هذا المنع يرجع إلى أسباب تتعلق بالخرانة العامة ، إذ هي تعتمد كثيراً في إيراداتها على الرسوم الجمركية للورد على مصر من الدخان والتبناك .

ويقضى القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٤٤ بمنع زراعة الحشيش ، وذلك لأسباب صحية . ويعاقب من يزرع الحشيش بالحبس من ٦ شهور إلى سنتين وبغرامة من ١٠٠ جنيه إلى ٢٠٠ جنيه عن كل فدان أو جزء من فدان .

ويقضى المرسوم بقانون الصادر في ٢١ مايو سنة ١٩٢٦ والمعدل بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٤٠ بمنع زراعة الخشخاش (أبو النوم) ، وذلك لما تحقق من أن الأفيون الخام الناتج من الزراعة المحلية يباع سرّاً ككاد مخدرة . ويعاقب المخالف بالحبس مدة لا تزيد على ٦ شهور وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين . وينزع المحصول ويعلم بواسطة رجال الإدارة بناء على طلب وزارة الزراعة .

٤٠٠ - **حماية الآثار التاريخية** : كان القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ يتكفل بحماية الآثار ، والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ يتكفل بحماية آثار العصر العربي . ثم صدر القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ يلغى هذين القانونين (في المادة ٣٦ منه) ويحل محلهما^(١) .

= المتفلة التي تدار بالخيار أو بالنافز أو بالكهرباء أو بالهواء أو بقوة الماء أو بأحد الطرق الآلية (الميكانيكية) الأخرى ، لرفع المياه من النيل أو أحد الجاري العامة أو الخاصة ، أو لتصريف مياه الصرف في النيل أو في أحد المصارف العامة أو الخاصة أو في إحدى البحيرات . وتقضى المادة ٥٢ بأنه يجوز لوزارة الأشغال العمومية (وزارة الري) أن تقرر نقل أية آلة أو قطعة أو جهاز أصلي من ترخيص ، أو نقل الأعمال التي أنشئت من أجلها ، إلى موقع آخر ، لمنع الخطر من الجسر أو من منشآت الري الأخرى ، أو بسبب إنشاء أعمال جديدة أو تعديل أعمال قائمة ذات طبيعة عامة ، وذلك كله على نفقة الحكومة .

(١) في صفحة ١٢٦ هامش ١ من هذا الكتاب ، في مناسبة ذكر دغويل. الصفح والتأجيل =

ومن القيود التي فرضها قانون الآثار رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ سالت الذكر على حق الملكية لحماية الآثار التاريخية ما نص عليه في المادة ٧ منه من أنه « لا يجوز الهبات أو الأفراد الحفر بحثا عن الآثار ، ولو كانت الأرض مملوكة لهم ، إلا بترخيص يصدر بقرار من وزير المعارف العمومية بعد أخذ رأى المصلحة المختصة وبعد التحقق من توافر الضمانات العلمية والفنية والمالية وغيرها فيهم » . فنع صاحب الأرض من الحفر في أرضه بحثا عن الآثار ، إلا بترخيص ، قيد يرد على الملكية الخاصة لحماية الآثار .

ولما كانت الآثار تعتبر في الأصل من الأموال العامة ، فكل من يعثر مصادقة ، ولو في ملكه الخاص ، على أثر متقول أو عقارى على سطح الأرض أو في باطنها ، يجب عليه أن يبلغ عنه في الحال وأن يسلمه للسلطة المختصة ، وإلا اعتبر مستوليا على أثر بغير ترخيص ، ووقعت عليه العقوبة المقررة في المادة ٣٠ من قانون الآثار .

وقد حددت المادة ٢٢ من قانون الآثار ، على سبيل الحصر ، الآثار والتي تعتبر مملوكة ملكية خاصة . وهذه هي الآثار الموجودة وقت العمل بقانون الآثار في المجموعات الخاصة أو في حيازة تجار العاديات . والآثار التي تعطى للمكتشف مكافأة طبقا لأحكام القانون ، والآثار المنقولة المكررة التي تعطى الحكومة بطريق البذل أو تصرف فيها بالبيع أو التنازل ، والآثار المستوردة من الخارج ، وآثار العصر المسيحي وما تلاه من العصور إلى نهاية عصر إسماعيل التي توجد في ملك الأفراد ويكون قد تم تسجيلها دون أن تنزع الدولة ملكيتها ، والآثار التي تعرضها المتاحف للبيع مما تستغنى عنه . وقد أورد قانون الآثار على هذه الملكية الخاصة للآثار قيودا للمصلحة العامة التي تقتضى حماية الآثار ، ونذكر من هذه القيود ما يأتي :

- ١ - يجب على مالك الأثر العقارى المسجل أن يبلغ الوزارة المختصة عن كل تصرف فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التصرف (م ١٨ من قانون الآثار) .
- ٢ - لا يجوز نقل أى أثر إلى أية جهة داخل الدولة المصرية إلا بعد إخطار

« والمصدور المعروف في المتاحف العامة ضمن الأملوك العامة ، أشرنا إلى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ ، ولم نشر إلى القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ إلا أنى القادة فيمن سألوا للذكر وحل عليها ، وهو القانون المعمول به الآن .

المصلحة المختصة ، ولا يجوز تصديره إلى الخارج إلا بترخيص من الوزير المختص بعد موافقة المصلحة المختصة (م ٢٥ وم ٢٦ من قانون الآثار) .

٣ - يجوز للوزير المختص أن يصدر قرارا بالاعتلاء على أى أثر منقول إذا رأت المصلحة المختصة أن للدولة مصلحة في اقتنائه . وذلك في مقابل تعويض يمنح للمالك الأثر تقديره لجنة خاصة . وللمالك المعارضة فيه أمام المحكمة الابتدائية المختصة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه إلى المالك بكتاب موصى عليه مع علم وصول (م ٢٧ من قانون الآثار) .

٤ - إذا تقرر تسجيل أى أثر منقول فملوك لفرد أو هيئة . يعد هذا الفرد أو الهيئة حائزا لأثر مسئولاً عن المحافظة عليه وعدم إحداث أى تغيير فيه ، ولا يجوز له نقله أو التصرف فيه إلا بالقيود السالف الإشارة إليها (م ٢٨ من قانون الآثار) .

الفرع الثانى

قيود ترد على الحق فى الملك

المبحث الأول

قيود واردة فى قانون الإصلاح الزراعى

٤٠١ - ما استعمل عليه قانونه المصوغ الزراعى من القيود :

اشتمل المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى ، الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، وما تلاه من قوانين معدلة له ، على كثير من القيود . أهمها الحد الأقصى للجائز تملكه من الأراضى الزراعية ، وتحديد العلاقة بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها وما تضمن ذلك من قيود متعلقة بالحد الأقصى للأجرة ، والحد الأدنى لمدة الإيجار . وإيجاب الكتابة فى انعقاد الإيجار . وعدم جواز تأجير الأرض الزراعية إلا لمن يتولى زراعتها بنفسه ، وعدم جواز زيادة ما ينتفع به الشخص من الأراضى الزراعية على خمسين فداناً أو على القدر الجائز له تملكه أيهما أكثر ، وامتداد حقوق إيجار الأراضى الزراعية بحكم القانون ، وكذلك النصوص التى تهدف إلى الحد من تجزئة

الأراضي الزراعية ومنع تفتت الملكية الزراعية . وقد سبق أن بحثنا المسائل الخاصة بتحديد العلاقة ما بين منتأجر الأرض الزراعية ومالكها وما تضمنته ذلك من قيود متعددة ، عند الكلام في عقد الإيجار^(١) . وكذلك بحثنا مسألة الحد من تجزئة الأرض الزراعية والمسائل التي يثيرها قانون الإصلاح الزراعي بالنسبة إلى بيع الأراضي الزراعية ، عند الكلام في عقد البيع^(٢) .

ولما كنا هنا بصدد القيود التي أوردتها قانون الإصلاح الزراعي فيما يتعلق بحق تملك الأراضي الزراعية ، فنقتصر بحثنا على هذه المسألة . ونبين الحد الأقصى للجائز تملكه من هذه الأراضي . والأصل أنه لا يجوز لشخص أن يملك من الأراضي الزراعية أكثر من مائة فدان ، ويرد على هذا الأصل بعض الاستثناءات .

١٨ - الأصل العام

٤٠٢ - الحد الأقصى لملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانون

سنة ١٩٥٢ : أول ما صدر من قوانين الإصلاح الزراعي هو المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، وقد صدر في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ . ويبر هو الأصل ، وما جاء من القوانين بعده هي قوانين معدلة له ، مع بقاءه على حاله في الأحكام التي لم تعلقها هذه القوانين .

وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على ما يأتي : « لا يجوز لأي شخص أن يملك من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان . وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً ، ولا يجوز تسجيله » . ونرى من ذلك أن الحد الأقصى لملك الفرد للأرض الزراعية ،^(٣) بحسب

(١) انظر الوسيط ٦ فقرة ٧٢٠ وما بعدها .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٧ - فقرة ٢٠٢ .

(٣) ولا يبرى قانون الإصلاح الزراعي إلا على الأراضي الزراعية ، فلا يبرى على أراضي البناء وهي الأراضي الداخلة في كردون البنادر والبلاد الخاصة لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ بشروط معينة ، والأراضي المنقمة عليها بناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم لخدمتها ، والأراضي القضاء التابعة لبناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم لخدمتها (انظر التفسير التشريعي رقم ١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة ٢ من التفسير التشريعي رقم ١ لسنة ١٩٥٢ للملح بالملادة ٣ من التفسير التشريعي رقم ٤ لسنة ١٩٥٣) .

قانون سنة ١٩٥٢ ، هو ٢٠٠ فدان . فإذا زادت ملكية الفرد وقت نفاذ هذا القانون على هذا الحد ، استولى الحكومة على المقدار الزائد ، وتنص المادة ١/٣ و ٢ من القانون في هذا الصدد على ما يأتي : « تستولى الحكومة في خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يجاوز مائتي الفدان التي يستقيها المالك لنفسه ، على ألا يقل المستوى عليه كل سنة عن خمس مجموع الأراضي الواجب الاستيلاء عليها . ويبدأ الاستيلاء على أكبر الملكيات الزراعية ، وتبقى لتلك الزراعة القائمة على الأرض وثمار الأشجار حتى نهاية السنة الزراعية التي تم خلالها الاستيلاء » . وقد اتخذ القانون احتياطات وقائية لمنع التحايل على أحكامه ، فنص في المادة ٣/٣ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتي : « ولا يعتد في تطبيق أحكام هذا القانون : (١) بتصرفات المالك ولا بالرهون التي لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ . (ب) بتصرفات المالك إلى فروعه وزوجه وأزواج فروعه ، ولا بتصرفات هؤلاء إلى فروعهم وأزواجهم وأزواج فروعهم وإن نزلوا ، متى كانت تلك التصرفات غير ثابتة للتاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٤ . وذلك دون إضراراً بحقوق الغير التي تلقوها من المذكورين بتصرفات ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ . (ج) بما قد يحدث منذ العمل بهذا القانون من تجزئة بسبب الميراث أو الوصية للأراضي الزراعية المملوكة لشخص واحد ، وتستولى الحكومة في هذه الحالة على ملكية ما يجاوز مائتي الفدان من هذه الأراضي في مواجهة الورثة والموصى لهم ، وذلك بعد استيفاء ضريبة التركات » . ونرى من ذلك أن القانون اتخذ احتياطات ثلاثة : (أولاً) افترض أن المالك ، قبل استيلاء الحكومة على المقدار الزائد من أرضه ، قد مات وترك أكثر من وارث وقد يكون أوصى بجزء من أرضه ، وترتب على ذلك أن الورثة والموصى لهم اقتسموا تركته مورثهم وهي تريد على مائتي فدان ، فلم يصب الواحد منهم أكثر من هذا المقدار . فالعبرة في هذه الحالة بتاريخ نفاذ القانون لا بتاريخ موت المورث ، وتستولى الحكومة على ملكية ما يجاوز مائتي الفدان من تركته المورث — إذ يفترض بقاؤه حياً حتى يوم الاستيلاء — في مواجهة الورثة والموصى لهم ، وذلك بعد استيفاء ضريبة التركات . (ثانياً) افترض القانون أن المالك قد تصرف بعد أول يناير سنة ١٩٤٤ (تاريخ فرض رسم

الأبولة على التركات) في جزء من أرضه أو فيها كلها إلى زوجه وفروعه وأزواج فروعه ، وذلك شهريا من قانون ضريبة التركات ، ويقضى هذا القانون بعدم الاعتداد بهذه التصرفات بالنسبة إلى الضريبة إذا مات المورث في خلال خمس سنوات من وقت التصرف . فلم يعتد قانون سنة ١٩٥٢ هـ أيضا بهذه التصرفات بالرغم من بقاء المورث حيا حتى سنة ١٩٥٢ ، وأدخل جملة ما تصرف فيه المالك ضمن الباقي عنده في حساب المائتي الفدان الحد الأقصى للملكية الزراعية . ولم يعتد إلا بالتصرفات الثابتة بالتاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٤ ، ثم أضاف المشرع ، بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ ، إلى التصرفات الصادرة إلى الزوج والفروع وأزواج الفروع ، ما عسى أن يكون قد صدر من تصرفات من هؤلاء إلى أزواجهم وفروعهم وأزواج فروعهم وإن نزلوا ، إذ افترض التواطؤ في هذه التصرفات المتعاقبة . ومع ذلك نص القانون على عدم الإخلال بحقوق الغير التي تلقوها من سبق ذكرهم بتصرفات ثابتة بالتاريخ . قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ . أما بعد هذا التاريخ فلا يعتد بهذه التصرفات . (ثالثا) افترض القانون أن المالك بعد يوم ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ ، وقد توقع صدور قانون الإصلاح الزراعي ، قد بادر إلى التصرف في أرضه أو إلى رهنها للغير متواطئا معه ، فلم يعتد القانون بتصرفات المالك ولا بالرهون التي لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ .^(١)

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن المادة الثالثة من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ تنص على أنه لا يعتد في تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات المالك التي لم يثبت تاريخها قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ ، وقد أراد الشارع بذلك القضاء على بتصرفات الصورية التي تبهم بنية التملك من أحكام هذا القانون ، فاعتبر جهة الإصلاح الزراعي من طلبة «الغير» ، وشرط للاعتداد بهذه التصرفات في مواجهتها أن تكون ثابتة بالتاريخ قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٦٢ - جموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٥ ص ٥٩٥) . وانظر أيضا في أن هذه التصرفات غير ثابتة بالتاريخ قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ ، وإن كان لا يعتد بها في مواجهة الإصلاح الزراعي ، تظل صحيحة وناظرة فيما بين حائقيها ، بحيث إذا أخطأ المالك الأملان موضوع هذه التصرفات فليس لجهة الإصلاح الزراعي أن تعرض على التصرفات حكم النقض السابق ونقض ٣ يناير سنة ١٩٦٢ بجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٣ ص ٣٧ .

ونصت المادة ٤ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٣١١ لسنة ١٩٥٢ وبالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ وبالقانون رقم ٣٠٠ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٣٩٧ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتي : « يجوز مع ذلك للمالك ، خلال خمس سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون ، أن يتصرف بنقل ملكية مالم يستول عليه من أطبائه الزائدة على مائتي فدان على الوجه الآتي : (أ) إلى أولاده بما لا يجاوز خمسين فدانا للولد ، على ألا يزيد مجموع ما يتصرف فيه إلى أولاده على المائة فدان . فإذا توفي المالك قبل الاستيلاء على أرضه دون أن يتصرف إلى أولاده أو يظهر نية عدم التصرف إليهم ، افترض أنه قد تصرف إليهم في الحدود السابقة ، ويتم توزيع ما افترض التصرف فيه على أولاده طبقا لقانون الموارث . (ب) إلى صغار الزراع بالشروط الآتية : ... (ج) إلى خريجي المعاهد الزراعية بالشروط الآتية : ... ولا يجوز للمالك ، سواء كان تصرفه إلى صغار الزراع أو إلى خريجي المعاهد الزراعية ، أن يطن في التصرف بالصورة بأي طريق كان ، ولو بطريق ورقة القصد . ولا يكون التصرف صحيحا إلا بعد تصديق المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها العقاره^(١) . وفي هذا النص توسعة على الملاك

= وإلى جانب هذه الاحتياطات الثلاثة ، أضاف قانون سنة ١٩٥٢ ما يأتي : (١) م ١٧ (المعدلة بالقانون رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٥٣) : يعاقب بالمحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى ، فضلا عن مصادرة ثمن الأرض الواجب الاستيلاء عليها . ويعاقب أيضاً بالمحبس كل من يتعمد من مالكي الأراضي التي يتناولها حكم القانون أن يحيط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها ، بقصد تقويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها . وكذلك يعاقب بالمحبس كل من يتصرف تصرفا يخالف المادة الرابعة مع طه ملك . وكذلك يعاقب بالمحبس كل من يخالف أحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الرابعة مكررة . ثم أضيفت بالقانون رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٥٣ المادة ١٧ مكررة وتجري بما يأتي : « يعنى من العقاب بما في ذلك المصادرة كل بائع أو شريك باهر من تلقاء نفسه بالرجوع عن التصرف الخالف للقانون ، أو بإبلاغ الجهات المختصة أسر هذه الخالفة » . (٢) م ٢٥ : ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٣ تقرر ضريبة إضافية على ما يزيد على مائتي فدان بنسبة خنثة أمثال الضريبة الأصلية . وقد قصد بهذا النص المساواة بين الملاك الذين استولوا على أراضيهم في السنوات الأولى ، وهؤلاء الذين استولوا على أراضيهم فيما بعد إذ يدفعون ضريبة إضافية على المقدار الزائد على الحد الأقصى إلى يوم الاستيلاء على هذا المقدار . (١) وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٣ ، ينص بأن تتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي إدارة واستغلال الأراضي المستولى عليها المختصة للمدائن ، ويجوز لهبة أن =

الزراعيين . فيجوز للمالك : طبقا للنص : أن يستقي من أرضه مائتي فدان لنفسه . ومائة فدان لأولاده . ومقدارا آخر غير محدد يتصرف فيه إلى صغار الزراع وإلى خريجي المعاهد الزراعية بالشروط المنصوص عليها في القانون^(١). ونصت المادة ٥ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتي : « يكون لمن استولت الحكومة على أرضه ، وفقا لأحكام المادة الأولى . الحق في تعويض يعادل عشرة أمثال القيمة الإجمالية لهذه الأرض . مضافا إليه قيمة المنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار . وتقدر القيمة الإجمالية بسبعة أمثال الضريبة الأصلية ... وإذا كانت ملكية الأرض لشخص وحق الانتفاع لآخر . استحق مالك الرقبة ثلثي التعويض والمنفعة الثلثه . ونصت المادة ٦ (المعدلة بالقانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتي : « يودى التعويض سندات على الحكومة بفائدة سعرها ٣٪ تسهيك في خلال ثلاثين سنة . وتكون هذه السندات اسمية ولا يجوز التصرف فيها إلا لمصري . ويقبل أدائها ممن استحقها من الحكومة لأول مرة أو من ورثته في الوفاء بتمن الأراضي البور التي تشتري من الحكومة ، وفي أداء الضرائب على الأقطان التي لم يسبق ربط ضرائب عليها قبل العمل بهذا القانون ، وفي أداء ضريبة التركات والضريبة الإضافية على الأقطان المفروضة بموجب هذا القانون . ويصدر مرسوم . بناء على طلب وزير المالية والاقتصاد . بتعيين مواعيد وشروط استهلاك هذه السندات وشروط تدلوها » . وقد حددت هذه المادة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨ . فأصبحت السندات الإسمية بفائدة سعرها ١ ١/٢ ٪ فقط . وتسهلك هذه السندات في خلال أربعين سنة . ولكن

« تصرف في هذه الأراضي إلى شركات المساهمة التي تنشأ أو تساهم في رأس المال أو إلى الجمعيات التعاونية التي تشرف عليها أو غيرها ، وذلك وفقا للقواعد والقرارات التي يصدرها قرار من رئيس الجمهورية . كما يجوز لها أن تهدي بإدارة هذه الأراضي إلى شركات المساهمة أو إلى الجمعيات التعاونية المذكورة .

(١) وهناك توسعة أخرى ، إذ نصت المادة ٢ حرف ب من قانون سنة ١٩٥٢ على ما يأتي : « ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتي فدان من الأراضي البور والأراضي الصحراوية لاستصلاحها ، ولا يسرى على هذه الأراضي حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك . هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة » . وقد عدل النص . بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٥٧ الذي عدل بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٨ .

الحكومة . فبا بعد . ألغت التعويض المستحق للملاك المستولى على أراضيهم ، سواء بحكم قانون سنة ١٩٥٢ أو بحكم قانون سنة ١٩٦١ . وأصبح الاستيلاء دون أى مقابل أو تعويض بموجب القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ .

٤٠٣ - الحد الأقصى لملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانونه سنة ١٩٦١ :
وبقى الحد الأقصى لملك الفرد للأرض الزراعية مائتي فدان إلى سنة ١٩٦١ .
ثم صدر القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ تنص المادة الأولى منه على ما يأتي :
« لا يجوز لأى فرد أن يمتلك من الأراضي الزراعية أكثر من مائة فدان .
ويعتبر في حكم الأراضي الزراعية ما يملكه الأفراد من الأراضي البور ،
والأراضي الصحراوية . وكل تعاقدا ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام
يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله » . فأصبح الحد الأقصى لملك الفرد للأراضي
الزراعية مائة فدان فقط . ويدخل فيها الأراضي البور والأراضي الصحراوية
بعد أن كانت هذه الأراضي لا تدخل بحسب قانون سنة ١٩٥٢ في حساب
المائتي فدان إلى خمس وعشرين سنة من وقت تملكها .

ونصت المادة الثالثة من قانون سنة ١٩٦١ على أن « تستولى الحكومة على
ملكية ما يتجاوز الحد الأقصى الذى يستقيه المالك » . ولم يحدد القانون مهلة
لإنعام الاستيلاء كما حدد قانون سنة ١٩٥٢ مهلة مقدارها خمس سنوات على
النحو الذى قدمناه . وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٦١ أن القانون
يعطى « للهيئة العامة للإصلاح الزراعى الحق في الاستيلاء في تاريخ العمل به .
فإذا تراخى صدور قرار الاستيلاء على الأطنان الزائدة لدى أحد الملاك :
فإن ربع الأراضي المستولى عليها لا يكون من حق الهيئة إلا من تاريخ صدور
قرار الاستيلاء . وهو الوقت الذى يتحول فيه حق المستولى عليه في الربع إلى
فائدة على السندات طبقا لأحكام المادة » التى تقرر امتحان الفائدة من تاريخ
الاستيلاء . فإذا ظلت الأرض الزائدة تحت يده بعد صدور قرار الاستيلاء .
فحينئذ ترتبط عليه بالإيجار حتى يتم للهيئة العامة للإصلاح الزراعى تسلمها
منه » (١) .

(١) وقد صدر القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٦١ (يضيف فقرة ثانية إلى المادة السادسة
من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١) وينص على ما يأتي : « يتعين على واضع اليد على الأراضي
المستولى عليها طبقا لأحكام هذا القانون ، سواء كان هو المستولى عليه أو غيره ، أن يستمر في وضع »

ولم يبيع قانون سنة ١٩٦١ : كما أباح قانون سنة ١٩٥٢ . للمالك أن ينصرف في المقدار الزائد على الحد الأقصى للأولاد عما لا يجاوز مائة فدان أو إلى صغار الزراع وخريجي المعاهد الزراعية بشروط خاصة على ما بينا فيما تقدم ، بل إن الحكومة تستولى على كل المقدار الزائد على المائة فدان . والعبرة في تحديد هذا القدر الزائد بما يملكه الفرد وقت نفاذ قانون سنة ١٩٦١^(١) .

وفيا يتعلق بالتعويض الذي يعطى للمالك عما استولت عليه الحكومة من أرضه ، ننص المادة ٤ من قانون سنة ١٩٦١ على أن « يكون لمن استولت الحكومة على أرضه ، تنفيذاً لأحكام هذا القانون . الحق في تعويض يقدر وفقاً للأحكام الواردة في هذا الشأن بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه ، وبمراعاة الضريبة السارية في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ » . فيجب إذن الرجوع إلى المادة ٥ من قانون سنة ١٩٥٢ في تقدير التعويض ، وقد أوردنا نصها فيما تقدم^(٢) . فيكون للمالك الحق في تعويض يعادل عشرة أمثال القيمة التجارية للأرض المستولى عليها : مضافاً إليها قيمة المنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار . وتقدر القيمة التجارية بسبعة أمثال الضريبة الأصلية ، وإذا كانت ملكية الرقبة لشخص وحق الانتفاع لآخر ، استحق مالك الرقبة ثلثي التعويض والمنتفع الثلث .

أما طريقة أداء التعويض ، فقد نصت المادة ٥ من قانون سنة ١٩٦١ بأن يؤدي التعويض سندات اسمية على الدولة لمدة ١٥ سنة (بدلا من ٤٠ سنة في قانون سنة ١٩٥٢) ، وبفائدة قدرها ٤ ٪ (بدلا من ١,٥ ٪ في قانون سنة ١٩٥٢) محسوبة من تاريخ الاستيلاء . ويجوز للحكومة استهلاك هذه السندات كلياً أو جزئياً بالقيمة الإسمية بعد عشر سنوات^(٣) . وقد ألغى هذا التعويض

« يده عليها ، ويعتبر مكلفاً بزراعتها مقابل سبعة أمثال الضريبة يدفعها مستولياً إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي » .

(١) وكان يوم ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ هو تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية ، فلا يحد في تطبيق حكم الاستيلاء بصرفات المالك إذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ .

(٣) وتنص المادة ٧ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨) على أنه « إذا كانت الأرض التي استولت عليها الحكومة مثقلة بحق ومن أراضخاص أو أراض : - (٤٢)

بموجب القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ كما سبق القول^(١).

٤٠٤ - **الملك لا يبرر على المير المؤقت** : وبعد أن تمت تسوية الملكية الزراعية على أساس قانون سنة ١٩٥٢، ثم على أساس قانون سنة ١٩٦١، أصبح المالك لأرض زراعية في الوقت الحاضر لا يتجاوز ما يملكه مائة فدان وهو الحد الأقصى المقرر بقانون سنة ١٩٦١. ولا يتجاوز بعد ذلك، حتى لو استجد سبب في المستقبل لملك أرض زراعية، أن يزيد ما يملكه الفرد على مائة فدان. وأسباب كسب الأرض الزراعية التي تستجد بعد فرض الحد الأقصى المتخدد ذكره إما أن ترجع لإرادة المالك ويتضمن ذلك العقد والأخذ بالشفعة والاستيلاء، أو ترجع لواقعه مادية أو لإرادة غير إرادة المالك ويتضمن ذلك الميراث والوصية والاتصاف والتقديم.

فأسباب التي ترجع إلى إرادة المالك، ويكون من شأنها أن تزيد في أرضه الزراعية بحيث تتجاوز الحد الأقصى، يجب تعطيل مفعولها وشل إرادة المالك إذ هي مخالفة للقانون. ومن ثم نصت المادة الأولى من قانون الإصلاح

« استنزل من قيمة المستحق لصاحب الأرض ما يعادل كامل الدين المسفون بهذا الحق. والحكومة، إذا لم تحمل عمل الدين، أن تستبدل به سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين، حل أن تستبدل هذه السندات في مدة لا تزيد على أربعين سنة. وإذا كان الدين ينتج فائدة سحرها يزيد على ٣٪ (أصبحت ١٠٪) تحصلت الحكومة الزيادة في سعر الفائدة بعد خمس ما يوازى مصاريف التصصيل وقيمة الديون المعومة ». ولم يرد في قانون سنة ١٩٦١ نص يخالف هذه الأحكام، فيجب تطبيقها في ظل هذا القانون. فيسقط للدائنين أصحاب حق الرهن أو الاعتصاص أو الامتياز سندات بفائدة تعادل فائدة الدين، على أن تستبدل هذه السندات في مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة (مدة استهلاك سندات التمويل)، وتستنزل قيمة هذه السندات من التحويل المستحق للمالك. انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٢ ص ٣٠ - ٣١.

ولا تحصل الحكومة بالدين إلا في حدود التحويل المستحق من الأرض (تفسير تشريعي اللجنة العليا بالقرار رقم ٤ لسنة ١٩٥٣ المادة ٢)، ويبقى المالك مدينا بالمقدار الزائد من الدين، وتكون أرضه الباقية له وسائر أمواله كافلة لهذا المقدار الزائد. ويجب على الدائنين اتخاذ الإجراءات المتوصى عليها في اللائحة التنفيذية لقانون الإصلاح الزراعي، فإن لم يفعلوا برزت ذمة الحكومة قبلهم في حدود ما يتم صرفه من تمويل للمالك، ولا يبقى للدائنين إلا الرجوع على المالك في أمواله. وتتمثل الحكومة فوائد الدين من تاريخ الاستيلاء على الأرض حتى تاريخ قيام الحكومة بسداد الدين للدائن أو صرف السندات له (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٢ ص ٣٠ هامش ٢).

(١) انظر أيضا فقرة ٤٠٢ ص ٦٥٥ - ص ٦٥٦.

الزراعي ، منذ صدور قانون سنة ١٩٥٢ وبعد تعديله بقانون سنة ١٩٦١ ، على أن وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ، ولا يجوز تسجيله . والتعاقد الناقل للملكية يشمل البيع والمقايضة والهبة ، فإذا باع شخص إلى آخر أرضا زراعية أو وهب لها ، فزادت الأرض الزراعية التي يملكها المشتري أو الموهوب له بسبب هذا البيع أو هذه الهبة على مائة فدان ، كان البيع أو الهبة عقدا باطلا ولا يجوز تسجيله . كذلك إذا قابض شخص شخصا آخر فأعطاه أرضا زراعية وأخذ منه دارا أو أعطاه أرضا زراعية مساحتها أكبر من الأرض الزراعية التي أخذها منه ، فترتب على المقايضة أن زادت الأرض الزراعية التي يملكها الشخص الآخر على مائة فدان ، فإن المقايضة تكون باطلة ولا يجوز تسجيلها . ويستوى في بطلان العقد الناقل للملكية أن يكون المتصرف له مالكا قبل العقد مائة فدان فيكون ما ملكه بالعقد مقدارا زائدا على الحد الأقصى كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائة فدان ، أو أن يكون مالكا قبل العقد أقل من مائة فدان فكسب بالعقد ما يجعل مجموع ما يملكه أكثر من مائة فدان كما لو اشترى أربعين فدانا وكان يملك قبل العقد ثمانين فدانا . وفي الحالة الثانية يكون العقد باطلا في الأربعين فدانا كلها لا فيها يجاوز مائة فدان فحسب ، وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة ، ولأن الصيغة لا تنجز فلا يمكن جعلها صحيحة في عشرين فدانا على الشيوخ وباطلة في العشرين الأخرى وقد يتصور من تجزئتها للبائع أو المشتري أو كلاهما . والعقد الذي يعتبر باطلا هو العقد الذي يصدر في تاريخ غير سابق على ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ تاريخ نفاذ قانون سنة ١٩٦١ ، أو العقد غير الثابت التاريخ . أما العقد الثابت التاريخ السابق على ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ فإنه يكون صحيحا ويجوز تسجيله ، فإن كان من شأنه أن يجعل المتصرف له يجاوز حد النصاب الجائز تملكه : استولت الحكومة على ما يجاوز هذا النصاب (١) . وكالتعاقد الناقل للملكية الأخذ بالشفعة ،

(١) يجب التمييز في هذا الصدد بين حالتين : (الحالة الأولى) بيع (أو تعرف آخر ناقل للملكية) يصدر من يملك أكثر من مائة فدان ولو ترتب على البيع أن يصبح البائع لا يملك أكثر من مائة فدان ، فهذا البيع إن صدر في ٢٥ يولييه سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك أو كان غير ثابت التاريخ فلا شك في بطلانه بصريح نص المادة ٢/٣ من قانون سنة ١٩٦١ . وإذا كان البيع ثابت التاريخ -

فلا يجوز لشخص أن يأخذ بالشفعة أرضاً زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضي الزراعية أكثر من مائة فدان^(١). كذلك لا يجوز

ـ قبل ٢٥ يولية سنة ١٩٦١ فلا شك في صحته ووجوب الاعتداد به، فإن قانون سنة ١٩٦١ صريح في عدم الاعتداد بالتصرفات الصادرة من المالك ما لم تكن ثابتة التاريخ قبل ٢٥ يولية سنة ١٩٦١. والمفهوم من ذلك أن هذه التصرفات الثابتة قبل ٢٥ يولية سنة ١٩٦١ يعتد بها ويجوز تسجيلها. (الحالة الثانية) بيع (أو أي تصرف آخر ناقل للملكية) يصدر من شخص إلى شخص آخر فيجمل مجموع ما يملكه المشتري أكثر من مائة فدان، وهذه الحالة الثانية هي التي يسرى عليها نص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٦١ ويقضى بأن «كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلاً ولا يجوز تسجيله». فإن كان البيع قد صدر في ٢٥ يولية سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك أركان غير ثابت التاريخ، فهنا أيضاً لا شك في بطلان البيع بصريح نص المادة الأولى سالف الذكر. وإذا كان البيع ثابت التاريخ قبل ٢٥ يولية سنة ١٩٦١، فقد أجمعت الآراء على أن البيع صحيح، ثم انتقلت فيها بعد ذلك. فرأى يذهب إلى أن البيع صحيح ولكن لا يجوز تسجيله، فينسخ لاستحالة الالتزام بنقل الملكية (انظر من هذا الرأي إسحاق عام فقرة ١٣ ص ٢٢ هامش ١ - حسن كيرة فقرة ٧٩ ص ٢٥٤ هامش ١). ورأى آخر يذهب إلى أن البيع صحيح ويجوز تسجيله، ومن ثم لا ينفسخ بل يكون نافذاً (انظر من هذا الرأي عثمان حسين عبد الله في شرح أحكام قانون الإصح الزراعي في مصر سنة ١٩٥٣ ص ٩١ - ٩٣ - المؤلف في الوسيط، فقرة ٢٠٠ ص ٣٦١). ويستند الرأي الثاني الذي نقول به على المادة الأولى من قانون سنة ١٩٦١، فهي تدع كآريتنا على أن «كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلاً ولا يجوز تسجيله». فالإعلان هنا مستند من النص، وهذا النص لا يعمل به إلا من يوم ٢٥ يولية سنة ١٩٦١. فكل تعاقد صحيح ثابت التاريخ قبل يوم ٢٥ يولية سنة ١٩٦١ لا ينسحب عليه النص فيجمله باطلاً، وإلا كان لنص أثر رجعي ولم يصرح قانون سنة ١٩٦١ بأن له هذا الأثر. والمركز القانوني المراد معرفة حكمه هنا ليس هو التعاقد الذي يتم تسجيله فينقل الملكية، بل هو مجرد «التعاقد الناقل للملكية». فليس لنا أن نقول - كما قال أصحاب الرأي الأول - إننا أمام كسب للملكية بالقدح وهو وضع قانون مركب ولا يتم تكوينه إلا بتوافر عنصرين: انعقاد العقد صحيحاً من ناحية وتسجيله من ناحية أخرى. والصحيح في نظرنا أننا أمام وضع قانوني بسيط وهو مجرد التعاقد الناقل للملكية. والتسجيل يأتي بعد ذلك، فإن كان هذا التعاقد صحيحاً وجب تسجيله إذا طلب صاحب الشأن ذلك. أما الذي لا يجوز تسجيله في أحكام قانون سنة ١٩٦١ فهو التعاقد الصادر في ٢٥ يولية سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك أو التعاقد غير الثابت التاريخ، إذ أن هذا هو التعاقد الباطل، ومن ثم لا يجوز تسجيله.

ويترتب على ما قدسنا أنه لو أن شخصاً يملك ١٢٠ فدانا باع إلى شخص آخر يملك ١٠٠ فدان مقدار ٢٠ فدانا من أرضه بمدة بيع ثابت التاريخ قبل ٢٥ يولية سنة ١٩٦١، فإن البيع يكون صحيحاً ويجوز تسجيله. وتنتقل ملكية العشرين فدانا إلى المشتري فيصبح ما يملكه ١٢٠ فدانا، وتحتول الحكومة على العشرين فدانا عنده هو لا عند البائع.

(١) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٨ ص ٧٩٨.

للشخص أن يملك بالاستيلاء - عندما كان ذلك جائزا - أرضا مباحة بحيث يصبح مالكا لأكثر من مائة فدان . إذ الاستيلاء يقوم على نية التملك أو على إرادة المستوى فلا يكون لهذه الإرادة الباطلة أثر .

والأسباب التي لا ترجع إلى إرادة المالك هي كما قدمنا الميراث والوصية والالتصاق والتقادم . فإذا كان الشخص يملك مائة فدان أو أقل . ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم . فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائة فدان . صح التملك . ولكن تستولى الحكومة على المقدار الزائد على المائة فدان^(١) . وقد منح المالك سنة يستطيع فيها أن يتصرف في المقدار الزائد على المائة فدان ، واشترطت المادة ٢ قانون سنة ١٩٦١ (على خلاف قانون سنة ١٩٥٢) أن يصدر التصرف إلى صغار الزراع الذين يصدر بتعريفهم وبشروط التصرف إليهم قرار من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي . فإذا انقضت السنة . وبقي عند المالك ما يزيد على مائة فدان . استولت الحكومة على المقدار الزائد^(٢) .

٤٠٥ - **الحق الأقصى لملك الأسرة للأرض الزراعية** : لم يضع قانون سنة ١٩٥٢ حداً أقصى لملك الأسرة للأرض الزراعية . فكان يجوز أن تملك الأسرة الواحدة أكثر من مائتي فدان بشرط ألا يملك واحد من أفرادها أكثر من مائتي فدان . والمقصود بالأسرة هنا الزوج والزوجة والأولاد القصر ، أما الأولاد البالغون سن الرشد فلا يحسبون ضمن أفراد الأسرة بهذا المعنى الضيق ، إذ أن من بلغ سن الرشد تصبح له شخصية مستقلة وله حق التصرف

(١) انظر في كل ما تقدم الوسيط ٤ فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠١ .

(٢) وقد نصت في هذا المعنى المادة ٢ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ (المعدلة بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٦١) على أنه « إذا زادت ملكية الفرد عن القدر الجائز تملكه قانونا بسبب الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التملك ، كان لذلك أن يتصرف في القدر الزائد خلال سنة من تاريخ تملكه . على أن يتم التصرف في هذا القدر إلى صغار الزراع الذين يصدر بتعريفهم وبشروط التصرف إليهم قرار من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي . وتستهلك الحكومة على الأهلان الزائدة نظير التوزيع الذي يحدد طبقاً لأحكام هذا القانون ، إذا لم يتصرف المالك خلال المدة المذكورة أو تصرف على خلاف أحكام هذه المادة . وتبقى أحكام هذه المادة بالنسبة الملكية التي توصل إلى الشخص بالميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التصاقه بعد العمل بهذا القانون » .

في أمواله فلا تكون هذه الأموال تحت تصرف أبيه ، ويصلح هو بنوره أن يكون رب أسرة . وهل ذلك كان يجوز لأسرة مكونة من زوج وزوجة وثلاثة أولاد قصر ، في ظل قانون سنة ١٩٥٢ ، أن يملكوا ألف فدان ، إذ يجوز لكل من هؤلاء الخمسة أن يملك مائتي فدان . ومن أجل ذلك صدر القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ يضيف النص الآتي إلى المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ : « لا يجوز أن تزيد على ثلثائة فدان من تلك الأراضي جملة ما يمتلكه شخص هو وزوجه وأولاده القصر ، إذا آلت الزيادة إليهم أو إلى بعضهم بطريق التعاقد ، على ألا يسرى هذا الحظر على الحالات التي تمت قبل العمل بهذا القانون » .

والنص الجديد يميز بين حالتين :

(الحالة الأولى) إذا زاد مجموع ما تملكه أفراد الأسرة على ٣٠٠ فدان عن طريق التعاقد معهم أو مع بعضهم . مثل ذلك أن يبيع الزوج لزوجته أو لأحد أولاده بعض أرضه حتى يكون الباقي عنده أقل من ٢٠٠ فدان ، ويشترى هو بعد ذلك ما يكمل أرضه إلى مائتي فدان ، فيزيد مجموع ما تملك الأسرة من الأرض الزراعية على ثلثائة فدان بمقدار ما اشتراه الزوج أخيراً . فتكون الزيادة آلت في هذه الحالة عن طريق التعاقد ، وفيها مظنة التحايل . ومثل ذلك أيضاً أن يكون مجموع ما تملكه الأسرة وهي مكونة من زوج وزوجة وثلاثة أولاد قصر ستمائة فدان : للزوج مائتان ولكل من الزوجة والأولاد الثلاثة مائة فدان ، فيشتري الزوج مائة فدان باسم كل من الزوجة والأولاد ، فلا يزيد ما يملك أي فرد من أفراد الأسرة على مائتي فدان ، ولكن مجموع ما تملكه الأسرة يصبح ألف فدان . فإذا كانت عقود البيع تالية لنفاذ قانون سنة ١٩٥٨^(١) أو كانت غير ثابتة التاريخ . فإنها تكون عقوداً باطلة ولا يجوز تسجيلها . أما إذا كانت هذه العقود ثابتة التاريخ قبل نفاذ قانون سنة ١٩٥٨ : فإنها تكون عقوداً صحيحة ويجوز تسجيلها : لأن قانون سنة ١٩٥٨ ليس له أثر رجعي ، بل هو قد نص صراحة على عدم رجعيته إذ يقول كما رأينا : « على ألا يسرى هذا الحظر على الحالات التي تمت قبل العمل بهذا القانون » .

(١) أصبح قانون سنة ١٩٥٨ نافذاً في ١٩ أبريل سنة ١٩٥٨ تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

وكالمقود الناقلة للملكية الأخط بالشفعة إذا ترتب على الأخذ بها أن يزيد مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ثلثائة فدان ، ولو لم يرتب على الأخذ بالشفعة أن يزيد ما يملك كل فرد على مائتي فدان .

(الحالة الثانية) إذا زاد مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ٣٠٠ فدان من غير طريق التعاقد . مثل ذلك أن يملك الزوج مائة فدان ، وكل من الزوجة والأولاد الثلاثة القصر خمسين فداناً ، ثم يرث الزوج أو الزوجة أو أحد الأولاد ، أو يوصى له ، أو يملك بالتقدم ، أرضاً زراعية أخرى ، فزيد بذلك مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ثلثائة فدان . في هذه الحالة يكون تملك الزيادة صحيحاً لأنه أت عن غير طريق التعاقد أو الشفعة ، بشرط ألا يملك أى فرد من أفراد الأسرة أكثر من مائتي فدان ، فإذا زاد ما يملكه أى فرد على هذا المقدار استولت الحكومة على الزيادة .

ويلاحظ أخيراً أن الحالات التى تمت قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ لا يسرى عليها هذا الحظر ، كما صرح بذلك قانون سنة ١٩٥٨ فيما رأينا . فإذا كان مجموع ما يملكه أفراد الأسرة قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ يزيد على ثلثائة فدان ، بأن كان الزوج يملك مثلاً مائتي فدان وكل من الزوجة والأولاد القصر الثلاثة مائتي فدان ، فإن مجموع ما تملكه الأسرة في هذا الفرض يكون ألف فدان ، وقد ثبتت هذه الملكية قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ ، فيقرون عليها ، ولا تستولى الحكومة على القدر الزائد على ثلثائة فدان .

وقد اقتصر القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ على إدماج حكمه في نص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ . وصدر بعد ذلك قانون سنة ١٩٦١ بنص على أن يستبدل بنص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ نص جديد ، بقضى بجمل الحد الأقصى للملكية للفرد مائة فدان كما سبق القول . وأغفل إدماج الحد الأقصى لمجموع ما تملكه الأسرة في أى نص من نصوص قانون سنة ١٩٥٢ ، فأصبح كل من هذا القانون وقانون سنة ١٩٦١ خلواً من أى نص يقيد مجموع ما تملكه الأسرة من الأراضي الزراعية بحد أقصى . وعلى ذلك فلا يكون هناك حد أقصى لمجموع ما تملكه الأسرة من الأراضي الزراعية ، إذا كان ما يملكه كل فرد منها لا يزيد على مائة فدان . فلو أن الزوج يملك مائة فدان ، ويملك مائة فدان كل من الزوجة والأولاد القصر الثلاثة ، صح ذلك ، إذ أن ملكية كل فرد

من أفراد الأسرة لا تزيد على مائة فدان : وإن كان مجموع ما يملكه أفراد الأسرة خمسةائة فدان^(١) .

٤٠٦ - توزيع الأراضي المستولى عليها على صغار الفلاحين : لم يعرض قانون سنة ١٩٦١ لهذه المسألة ، وعلى هذا تبقى نصوص قانون سنة ١٩٥٢ والقوانين التي عدلتها معمولاً بها في هذا الصدد . وأهم هذه النصوص هي ما يأتي :

تنص المادة ٩ من قانون سنة ١٩٥٢ على أن « توزع الأرض المستولى عليها في كل قرية على صغار الفلاحين ، بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعاً لجودة الأرض . ويشترط فيمن توزع عليه الأرض : (أ) أن يكون مصرياً بالغاً من الرشد ، لم يصلر ضده حكم في جريمة مخلة بالشرف . (ب) أن تكون حرفته الزراعة . (ج) أن يقل ما يملكه من الأرض الزراعية عن خمسة أفدنة . وتكون الأولوية لمن كان يزوع الأرض فعلاً مستأجراً أو مزارعاً ، ثم لمن هو أكثر عائلة من أهل القرية ، ثم لمن هو أقل مالا منهم ، ثم لغير أهل القرية . ولا يجوز أخذ الأراضي الزراعية التي توزع بالشفعة » . وتنص المادة ١٠ على أنه « استثناء من حكم

(١) كذلك يصح ، إذا كان كل من الزوج والزوجة والأولاد الثلاثة للقصر لا يملك إلا خمسين فدانا ، أن يشتري أي منهم أو كلهم أراضي زراعية أخرى لا تجعل أحدا منهم يزيد حوز ما يملكه على مائة فدان ، وإن زاد ما يملكه الجميع على ثلثائة فدان .

انظر في أن عدم تعيين حد أقصى لمجموع ما تملكه الأسرة جاء سهواً لا عمداً إسماعيل غانم فقرة ٩ ص ٢٢ هامش ١ - وانظر أيضاً حنن كبيرة فقرة ٧٩ ص ٢٦٢ ويقول : « ثم اخفى هذا الحكم من هذه المادة عنه إعادة صياغتها بمقتضى القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ ، ورغم أن الغالب أن هذا الاختفاء كان وليد السهو البحت ، فإن الأصول القانونية السليمة تقضي باعتبار هذا الحكم منسوخاً . ومعنى ذلك أنه منذ نفاذ القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ لم يعد هناك حد أقصى لحجم ما يملكه الشخص وزوجه وأولاده القصر ، فيجوز أن تزيد على ثلثائة فدان ولو تمت الزيادة عن طريق الميراث ، طالما أن كلا منهم حل حدة لا يتملك أكثر من النصاب المشروع للفرد وهو مائة فدان » . وانظر أيضاً في أن المشرع قد ألغى الحد الأقصى لما تملكه الأسرة : منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ ص ٤٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١ ص ٤٧ ص ٤٨ .

على أنه قد قيل إن جعل نصاب الأسرة هو نفس نصاب الفرد ، أي مائة فدان ، أمر منتظر وقوه « خلال مرحلة السنوات الثماني القادمة أي في سنة ١٩٧٠ » .

المادة السابقة توزع الأرض المخصصة للحدائق على خريجي المعاهد الزراعية بعد تجربتها على صورة لا تخل بحسن الاستغلال ، بحيث لا تزيد القطعة على عشرين فدانا . ويشترط في خريج المعهد الذى توزع عليه الحدائق ألا يزيد ما يملكه من الأرض الزراعية على عشرة أفدنة (٧) .

أما عن الثمن الذى يدفعه صغار الفلاحين للأرض التى توزع عليهم ، فقد نصت المادة ١١ (المعدلة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨) على أن « يقدر ثمن الأرض الموزعة بمبلغ التعويض الذى أدته الحكومة في سبيل الاستيلاء عليها مضافا إليه ما يأتى : ١ - فائدة سنوية سعرها ١٣ ٪ . ٢ - مبلغ لإحمال قدره ١٠ ٪ من ثمنها في مقابل نفقات الاستيلاء والتوزيع والنفقات الأخرى . ويرى مجموع الثمن أقساطا سنوية متساوية في مدى أربعين عاما » . وقد أضيفت إلى المادة ١١ عدة فقرات بالقانون رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٥٩ ، أجبر بها مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى ، إذا رأى أن ثمن الأرض ، مقدرا بحسب التعويض المستحق للمالك ، لا يتناسب مع غلبها الحقيقية ، أن يقدر الثمن على أساس الغلة . وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٢٨ لسنة ١٩٦١ يقضى بأن ينخفض إلى النصف ما لم يؤد من ثمن الأرض الموزعة أو التى توزع على صغار الفلاحين ، كما تنخفض الفوائد المستحقة إلى النصف .

وأما عن كيفية التوزيع ، فنصت المادة ١٣ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٢) على أن « تشكل لجان فرعية تقوم بعمليات الاستيلاء ، وحصر الأراضي المستولى عليها ، وتجميعها عند الاقتضاء ، وتوزيعها على صغار الفلاحين . ويصدر مرسوم بناء على طلب وزير الزراعة بكيفية تشكيل هذه

(١) وقد أضاف القانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ إلى قانون سنة ١٩٥٢ المادة ١٠ مكررة (وعدلت بالقانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ٢٤٥ لسنة ١٩٥٥) ، وتنص على أنه « يجوز للجنة العليا أن تحتفظ بجزء من الأرض المستولى عليها لتنفيذ مشروعات أو إقامة منشآت ذات منفعة عامة ، وذلك بناء على طلب المصالح الحكومية أو غيرها من الهيئات العامة . ويجوز تأجيل التوزيع في المناشئ التى تعدها اللجنة العليا إذا اقتضت ذلك مصلحة الإنتاج القومى . ومع ذلك يجوز للجنة العليا أن تبيع للأفراد ، بائتم وبالشروط التى تراها ، أجزاء من الأرض المستولى عليها إذا اقتضت ذلك ظروف التوزيع أو مصلحة الاقتصاد القومى أو لى نفع عام . كما يجوز للجنة العليا أن تستبدل أجزاء من الأراضي المستولى عليها بأراض أخرى ، ولو كان البديل في مقابل معدل تقضى أو حتى عند اختلاف قيمة البديلين » .

البلدان ، وتنظيم العلاقات بينها وبين اللجنة العليا ، وبيان الإجراءات والأوضاع الواجب اتباعها في عمليات الاستيلاء ، وتقدير قيمة المنشآت والآلات الثابتة وغير الثابتة والأشجار ، والتوزيع ، وما يجب اتخاذه من التدابير لمواجهة فترة الانتقال ما بين الاستيلاء والتوزيع . وتقتضى المادة ١٣ مكررة (والمضافة بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٣ والمعدلة بالقانون رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٥٣) بأن « تعتبر الحكومة مالكة للأرض المستولى عليها بقرار الاستيلاء النهائي وذلك من تاريخ قرار الاستيلاء الأول ، ويصبح العقار خالصا من جميع الحقوق العينية ، وكل منازعة من أولى الشأن تنتقل إلى التمويض المستحق عن الأبطال المستولى عليها ، وتفصل فيها جهات الاختصاص » . وتنص المادة ١٤ على أن « تسلم الأرض لمن آلت إليه من صغار الفلاحين خالية من الديون ومن حقوق المستأجرين ، وتسجل باسم صاحبها دون رسوم . ويجب على صاحب الأرض أن يقوم بحمل زراعتها ، وأن يبذل في عمله العناية الواجبة »^(١) . وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٦ على أنه « لا يجوز لصاحب الأرض ، ولا للورثة من بعده ، التصرف فيها قبل الوفاء بشئها كاملا . ولا يجوز قبل هذا الوفاء تزج ملكيتها سدادا لدين ، إلا أن يكون ديناً للحكومة أو ديناً لبنك التسليف الزراعي والتعاوني أو للجمعية التعاونية » .

(١) وقد أضاف القانون رقم ٥٥٤ لسنة ١٩٥٥ الفقرتين الثالثة والرابعة إلى المادة ١٤ ، فنص على ما يأتي : « وإذا تخلف من تسلم الأرض عن الوفاء بأحد التزاماته المنصوص عليها في الفقرة السابقة ، أو تسبب في تعطيل قيام الجمعية التعاونية بالأعمال المنصوص عليها في المادة ، أو أغل بلى التزام جوهرى آخر يقضى به العقد أو القانون ، حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل من نائب مجلس الدولة ورئيسها ومن صوبين من مديري الإدارات بأغلبية التنفيذية للإصلاح الزراعي . ولها ، بعد سماع أقوال أصحاب الشأن ، أن تصدر قرارا مسبيا بإلغاء القرار الصادر بتوزيع الأرض عليه واستردادها منه ، واعتباره مستأجرا لها من تاريخ تسليمها إليه ، وذلك كله إذا لم تكن قد مضت خمس سنوات على إبرام العقد النهائي . ويبلغ القرار إليه بالطريق الإداري قبل عرضه على اللجنة العليا بخمسة عشر يوما على الأقل ، ولا يصح نهائيا إلا بعد تصديق اللجنة العليا عليه . ولها تعديله أو إلغاؤه . وكذا كذلك الإغفاء من أداء الفرق بين ما حل من أقساط اثنين وبين الأجرة المستحقة . وينفذ قرارها بالطريق الإداري . واستثناء من أحكام قانون مجلس الدولة وقانون نظام القضاء : لا يجوز الطعن بإلغاء القرار سالف الذكر أو وقف تنفيذه أو التمويض عنه » .

§ ٢ - الاستثناءات

٤٠٧ - استثناءات الواردة في قانونه اصول الزراعى رقم ١٧٨

فمنذ ١٩٥٢ : نصت المادة ٢ من قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ على استثناءات من أحكامه القاضية بالآيزيد ما يمتلكه الفرد من الأراضى الزراعية على مائتى فدان . وهذا هو نص المادة بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ الذى أضاف الفقرات (د) و(هـ) و(و) إلى المادة :

« استثناء من حكم المادة السابقة » :

« (أ) يجوز للشركات والجمعيات أن تمتلك أكثر من مائتى فدان في الأراضى التى تستصلحها ليبيها وذلك على الوجه المبين في القوانين واللوائح . »

« (ب) ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتى فدان من الأراضى البور والأراضى الصحراوية لاستصلاحها : ولا يسرى على هذه الأراضى حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك . هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة . »

« (جـ) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقداراً من الأراضى الزراعية يكون ضرورياً للاستغلال الصناعى ، ولو زاد على مائتى فدان . »

« (د) ويجوز للجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقداراً من الأراضى الزراعية يكون ضرورياً لتحقيق أغراضها ، ولو زاد على مائتى فدان . »

« (هـ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك من الأراضى الزراعية ما يزيد على مائتى فدان ، على ألا يجاوز ما كانت تمتلكه قبل صدوره . ويجوز لها التصرف في القدر الزائد على مائتى فدان وفقاً لأحكام المادة ٤ : ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدى إليها التعويض نقداً على أساس حكم المادة ٥ . »

« (و) ويجوز أيضاً للأدائن أن يمتلك أكثر من مائتى فدان إن كان سبب

الزيادة هو نزع ملكية مدنية ورسوم المزداد على الدائن طبقاً للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . ويجوز للحكومة بعد مضي سنة من تاريخ رسم المزداد أن تستولى على الأطنان الزائدة على مائتي فدان بأتمن الذي رسا به المزداد أو نظير التعويض المحدد في المادة ٥ أسفلاً أقل . وإلى أن تستولى الحكومة على الزيادة ، يجوز للدائن أن يتصرف فيها دون تعيد بشروط المادة ٤ « (١) » .
« وكذلك يستثنى الوقف » .

وبصدور قانون سنة ١٩٦١ نزل الحد الأقصى لتلك الأرض الزراعية إلى مائة فدان . فوجب تعديل النص سالف الذكر على هذا الأساس . ويجب أيضاً حذف الاستثناء (ب) الخاص بالأراضي البور والأراضي الصحراوية ، فقد اعتبر قانون سنة ١٩٦١ هذه الأراضي أراضي زراعية تدخل في حساب المائة فدان الجائز تملكها ، ولا تستثنى منها .

ومن ثم يكون هناك ، بعد صدور قانون سنة ١٩٦١ ، ستة استثناءات لم يتعرض لها هذا القانون . فتكون باقية . ونبحثها على التوالي فيما يلي .

٤٠٨ - الشركات والجمعيات المستفزة باستصلاح الأراضي الزراعية :

رأينا أن المادة ٢ (أ) من قانون الإصلاح الزراعي تجيز « للشركات والجمعيات أن تمتلك أكثر من مائتي فدان (اقرأ مائة فدان بحسب قانون سنة ١٩٦١) في الأراضي الزراعية التي تستصاحبها لبيعها وذلك على الوجه المبين في القوانين واللوائح » . وقد تقرر هذا الاستثناء لأن هذه الشركات والجمعيات تستصلح الأراضي البور ولا تستيقها ، بل تقوم ببيعها للجمهور ، فهي بذلك توسع من رقعة الأرض المزروعة وفي الوقت ذاته تقوم بتوزيع الأراضي المستصلحة على القادرين على زراعتها . ولما كان النص عاماً ، فإنه يشمل من جهة ، جميع الشركات والجمعيات ما وجد منها قبل صدور قانون سنة ١٩٥٢ وقانون سنة ١٩٦١ وما سيوجد في المستقبل ، ويشمل من جهة أخرى الملكيات الزراعية

(١) وقد أضاف القانون رقم ٢٤٥ فقرة أخيرة إلى البند (و) نص فيها على ما يأتي :
« على أنه استثناء من هذا الحكم عند نزع الدائن الملكية الأطنان التي سبق له التصرف فيها وفقاً لحكم البند (ب) من المادة ٤ من هذا القانون ، فإن مزاد شراؤها يرسوم على الحكومة بتمن رسم المزداد أو عشرة أمثال القيمة الإيجارية أسفلاً أقل » .

الموجودة لدى هذه الشركات وجميعيات الزائدة على مائة فدان وما يستجد في ملكيتها من أراض زراعية في المستقبل .

ولما كان استصلاح الأراضي وتوزيعها بعد ذلك يقتضى رقابة فعالة ، وقد ذكر النص سالف الذكر أن ذلك يكون « على الوجه المبين في القوانين واللوائح » ، فقد صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ يضيف أحكاما إلى المادة ٢ (أ) . فنيا يتعلق باستصلاح الأراضي وتوزيعها : أوجب القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ على الشركات والجمعيات « أن تخطر مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ، خلال شهر يناير من كل سنة ، بيان يشمل مساحة الأراضي التي تم استصلاحها في السنة السابقة ، وأمهات المتصرف إليهم ، والمساحات المتصرف فيها إلى كل منهم : وفق الشروط والأوضاع التي يصدر بها قرار من مجلس إدارة الهيئة سالف الذكر » . ويجب ألا يزيد القدر المتصرف فيه إلى شخص واحد على مائة فدان ، وألا يجعله مالكا لأكثر من ذلك . وفيما يتعلق بالملبة التي يتم فيها التصرف ، يجب أن يكون ذلك في خلال عشر سنوات من تاريخ العمل بالقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ ، أو خمس وعشرين سنة من تاريخ فتحته الري ، أي المدين أطول . وقد خصص القانون ربع الأراضي التي تستصلحها الشركة أو الجمعية لتوزيعها على صغار الفلاحين ، ممن يحترفون الزراعة ولا تزيد ملكيتهم على عشرة أفدنة ويوافق عليهم مجلس إدارة الهيئة العامة . وهؤلاء لا يجوز أن يتصرف إليهم بأرض تقل عن فدانين أو تزيد على خمسة . ولا يزيد ثمن الأرض على ما تحدده لجنة التقدير الخاصة بتقدير إيجار الأراضي الزراعية لا تخاذه أساسا لتعديل ضرائب الأطنان .

وإذا خالفت الشركة أو الجمعية هذه الأحكام ، كأن انتقضت المواعيد التي يجب فيها التصرف في الزيادة دون أن يقع هذا التصرف ، أو تصرف إلى شخص واحد بأكثر من الحد المقرر ، استولت الحكومة على الزيادة لدى الشركة أو الجمعية ، لا لدى المتصرف إليه فإن التصرف يكون باطلا ، في نظير تعويض يقرر طبقا لأحكام المادتين ٥ و ٦ من قانون الإصلاح الزراعي (عشرة أمثال القيمة الإيجارية مع دفع التعويض عن طريق سندات على الحكومة) .

٤٠٩ - الشركات الصناعية : وهذه إما أن تكون موجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي سنة ١٩٥٢ ، أو وجدت بعده . فأما الشركات التي كانت موجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي ، فيجوز لها أن تملك أراضي زراعية تزيد على الحد الأقصى ، بشرط أن تكون هذه الأراضي ضرورية للاستغلال الصناعي الذي تقوم به الشركة ، كشركة السكر التي تحتاج إلى محصول الأرض من القصب وشركات مستخرجات الألبان التي تحتاج إلى الأرض لتربية الماشية . ولما أن تزيد في الأراضي الزراعية التي كانت تملكها بما يتجاوز الحد الأقصى ، فتحللها من الحد الأقصى لا يقتصر إذن على الأراضي التي تملكها فعلا ، بل يمتد إلى الأراضي التي تملكها في المستقبل ، كل ذلك مادامت هذه الأراضي ضرورية لاستغلالها الصناعي .

وأما الشركات التي وجدت أو توجد بعد العمل بقانون الإصلاح الزراعي سنة ١٩٥٢ ، فقد صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ (أضاف فقرة ثالثة إلى المادة ٢ (ج) من قانون الإصلاح الزراعي) يقضى بأنه لا يجوز لها أن تتجاوز الحد الأقصى إلا بترخيص من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ، ويصدر بهذا الترخيص وبشروطه وأوضاعه قرار من المجلس في كل حالة على حدة .

٤١٠ - الجمعيات الزراعية العلمية : والاستثناء هنا مقصور على الجمعيات الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي سنة ١٩٥٢ كالجمعية الزراعية ، أما الجمعيات التي تنشأ بعد ذلك فلا يشملها الاستثناء ، ولا يصح لها أن تتجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية . فإذا كانت الجمعية الزراعية العلمية قد أنشئت قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي ، جاز لها أن تتجاوز الحد الأقصى ، سواء في ملكيتها الحالية أو فيما تملكه في المستقبل ، وذلك حتى تستمر في طريقها الذي بدأته من السعي في تحسين الإنتاج الزراعي والحجوافي .

٤١١ - الجمعيات الخيرية : والاستثناء هنا أيضاً مقصور على الجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي ، فهذه لما أن تملك [ما يتجاوز الحد الأقصى ، على ألا يزيد ذلك على ما كانت تملكه قبل صدور

قانون الإصلاح الزراعى . فالاستثناء إذن مقيد من ناحيتين : ناحية الجمعيات الموجودة وناحية المقدار المملوك ، ويتقيدان معاً بما كان موجوداً وقت صدور قانون الإصلاح الزراعى . ولما كانت هذه الجمعيات تسعى إلى عمل الخير ، فقد أراد المشرع تجنبها أثر المفاجأة فى تطبيق حكم الاستيلاء ، وأتاح لها الفرصة فى تحويل أموالها إلى غير الأراضى الزراعية . وعلى هذه الجمعيات أن تتصرف فى المقدار الزائد على الحد الأقصى — وقد أصبح هذا الحد مائة فدان — ويكون تصرفها وفقاً لأحكام المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعى ، أى أنها تتصرف لصغار الفلاحين ولخريجي المعاهد الزراعية بشروط معينة وردت فى هذه المادة . وللحكومة ، خلال عشر سنوات (بدلاً من خمس وهى المدة التى تقررت لما عدا هذه الجمعيات) أن تستولى على المقدار الزائد على الحد الأقصى ، فى مقابل تعويض يقدر طبقاً لأحكام المادة ٥ (عشرة أمثال القيمة الإجمالية) ، على أن يدفع هذا التعويض للجمعية الخيرية نقداً بدلاً من دفعه سندات على الحكومة . ولما كانت مدة عشر السنوات قد انقضت فى ٨ سبتمبر سنة ١٩٦٢ (من ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢) ، فقد استنفذ هذا الاستثناء مدته ، ولم يعد له تطبيق عملى فى الوقت الحاضر .

٤١٢ — **الرائع المراسى عليه المزارع** : هناك أحوال يقضى فيها تقنين المرافعات ، فى التنفيذ على العقار ، بإيقاع البيع على الدائن بما قرره من زيادة على الثمن الأساسى أو بالثمن الأساسى نفسه ، وذلك مراعاة لمصلحة المدين والدائنين والائتمان العقارى نفسه . فقد نصت المادة ٦٦٤ مرافعات على أن تبدأ المزايدة فى جلسة البيع بمناذاة المحضر على الثمن الأساسى والمصاريف . وإذا لم يتقدم أحد للمزايدة ، وكان أحد الدائنين قد قرر بالزيادة على الثمن الأساسى وفقاً للمادة ٦٤١ ولم يحصل تعديل فى شروط البيع ، حكم القاضي بعد ثلاث دقائق من افتتاح المزايدة بإيقاع البيع لذلك الدائن بالثمن الذى قرره ، وعند تعدد المقررين بالزيادة يحكم بإيقاع البيع لصاحب أكبر عرض ، فإذا تساوت العروض حكم بإيقاع البيع لصاحب العرض الأسبق . وإذا لم يتقدم مشتر ولم يكن قد حصل تعديل فى شروط البيع ، حكم القاضي بعد ثلاث دقائق من افتتاح المزايدة بإيقاع البيع على الحاجز بالثمن الأساسى . فإذا لم يتقدم

الحاجز بطلب البيع بالجلسة : وطلبه غيره من الدائنين المنصوص عليهم في المادة ٦٦٢ ، حكم القاضي بإيقاع البيع على طالبه بالثمن الأساسي . وفي غير الأحوال المتضمنة ، يؤجل البيع إذا لم يتقدم مشتر : مع تنقيص عشر الثمن الأساسي مرة بعد مرة كلما اقتضت الحال ذلك .

ونرى من النص سالف الذكر أن هناك أحوالاً يوقع فيها البيع على الدائن ، إما بما قرره من زيادة على الثمن الأساسي ، أو بالثمن الأساسي نفسه . فإذا ما رسا المزاود على هذا الوجه على الدائن في أرض زراعية ، كان من المحتمل أن تزيد الأراضي الزراعية التي يملكها هذا الدائن . بسبب رسو المزاود ، على مائة فدان . فيصح رسو المزاود بالرغم من هذا . وذلك رعاية للالتزام العقاري ونظراً لحالة الاضطراب التي وُجد فيها الدائن .

وللدائن في هذه الحالة مهلة سنة يبيع فيها المقدار الزائد على المائة فدان لمن يشاء وبالثمن الذي يتفق عليه مع المشتري ، دون تقييد بالبيع إلى صفار الفلاحين أو إلى خريجي المعاهد الزراعية طبقاً لأحكام المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعي .

فإذا انقضت السنة ولم يبيع الدائن كل المقدار الزائد أو بعضه ، استولت الحكومة على ما لم يبعه من المقدار الزائد . وتدفع له تعويضاً ، إما طبقاً لأحكام المادة ٥ من قانون الإصلاح الزراعي (عشرة أمثال القيمة الإجمالية) ، أو الثمن الذي رسا به المزاود على الدائن ، أي القيمتين أقل . ويكون التعويض نقداً ، لا بسندات على الحكومة^(١) .

(١) انظر محمد علي مرقعة فقرة ٢٦٨ ص ٣٥٢ - وفي قانون الإصلاح الزراعي فقرة ٣٦

ص ٧٣ - حسن بكيرة فقرة ٨٠ ص ٢٦٨ .

هذا وقد غشي المشرع أن يتمايل المالك ، عن طريق هذا الاستثناء ، على الوجه الآتي : يكون قد تصرف في الزائد من أرضه لصغار الفلاحين طبقاً لحكم البند (ب) من المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعي ، ثم يطرح ما سبق له التصرف فيه في المزاود ، لعجز المشتري عن الوفاء . يبقى أن أو لتواطؤه معهم إن كان البيع سورياً ، ويحكم بإيقاع البيع له . ومنذ يوسو عليه مزاود الأرض ، تكون أمامه مهلة سنة كاملة يتصرف خلالها في الأرض لمن يشاء وبالثمن الذي يتفق عليه مع المشتري ، وذلك دون تقييد ببيعها إلى صفار المزارعين طبقاً لأحكام المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعي . فتما لهذا التمايل ، صدر القانون رقم ٢٤٥ لسنة ١٩٥٥ (يضيف) فقرة أخيرة إلى البند (و) من المادة الثانية من قانون الإصلاح الزراعي ينص على ما يأتي : -

١٣٤ — الوقف: وقد أصبح هذا الاستثناء مقصوراً على الوقف الخبرى، بعد حل الوقف الأهلى بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢. وترتب على حل الوقف الأهلى أن آلت إلى الواقف أو إلى المستحقين فى الوقف بحسب الأحوال ملكية الأراضى الزراعية الموقوفة. فإذا كان من وراء ذلك أنزادت ملكية أحد من آلت إليه الأراضى الزراعية على الحد الأقصى، جرى عليه حكم القانون، واستولت الحكومة على المقدار الزائد طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن.

أما الوقف الخبرى فقد بقي مستثنى، ويجوز أن يشتمل على أكثر من مائة فدان دون أن تستولى الحكومة على الزيادة. على أن القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧، الخاص باستبدال الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة، قضى بأن تتسلم الهيئة العامة للإصلاح الزراعى سنوياً الأراضى الزراعية التى يقرر استبدالها، وذلك لتوزيعها وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى. وتؤدى لمن له حق النظر على الأوقاف مئذونات تساوى قيمة هذه الأراضى والمنشآت الثابتة وغير الثابتة مقدرة وفقاً لقانون الإصلاح الزراعى. ويجوز، بقرار من رئيس الجمهورية، وفيما لا يتجاوز مائة فدان، الاستثناء من هذه الأحكام فى كل حالة على حدة، وذلك بالنسبة إلى الأراضى الزراعية التى يكون النظر عليها لغیر وزارة الأوقاف^(١).

— على أنه استثناء من هذا الحكم، عند نزع الدائن الملكية الأوطيان التى سبق له التصرف فيها وفقاً لحكم البند (ب) من المادة ٤ من هذا القانون، فإن مزاد شرائها يرسو على الحكومة بشن دسو المزاد أو بمشرة أمثال القيمة الإجمالية أجمعاً أقل.

(١) وهذه هى أهم نصوص القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧، ويتعلق بالأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة: م ١ — يستبدل خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات الأراضى الزراعية الموقوفة على جهاز البر العامة. م ٢ — تتسلم الهيئة العامة للإصلاح الزراعى سنوياً الأراضى الزراعية التى يقرر استبدالها، وذلك لتوزيعها وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى. م ٣ — (سندلة بالقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٦٠) — تؤدى الهيئة لمن له حق النظر على الأوقاف مئذونات تساوى قيمة هذه الأراضى والمنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار مقدرة وفقاً لقانون الإصلاح الزراعى. وتؤدى قيمة ما يستهلك من المئذونات إلى المؤسسة الاقتصادية، كما تؤدى فوائد السندات إلى من له حق النظر على الوقف بمقدار ٣٪ سنوياً. ويكون استهلاك هذه السندات خلال ثلاثين سنة على الأكثر. م ٦ — يجوز الاستثناء من هذه الأحكام بقرار من رئيس الجمهورية، وذلك فيما —

المبحث الثاني

قيود على حق الأجانب في التملك

٤١٤ - تسلسل القوانين التي تحد من حق الأجانب في التملك :

لما كانت مصر جزءاً من الامبراطورية العثمانية ، لم يكن للأجانب حق تملك العقارات فيها تبعاً لتحريم هذا التملك عليهم في جميع أنحاء الإمبراطورية العثمانية ثم استقلت مصر استقلالاً داخلياً تحت حكم أسرة محمد علي ، ولما كان محمد علي قد درج على تشجيع الأجانب وحشهم على توسيع نشاطهم الحضارى والعمرانى فى داخل البلاد ، فقد منحهم حق تملك الأراضى المصرية منذ بداية القرن التاسع عشر . بل كان يمنح بعض الأجانب « أبعاديات » وهى أراض غير مزروعة ، ويعنى هذه الأراضى من الضريبة تشجيعاً على استصلاحها . وفى عهد سعيد صدر أمر عال فى سنة ١٨٥٨ ببيع الأراضى الخراجية التى تركها المتشغون بها حتى لا يدفعوا الخراج ، وكان للأجانب حق شراء هذه الأراضى شأنهم فى ذلك شأن المصريين . ثم سمح سعيد فى سنة ١٨٦١ للأجانب بوضع اليد على الأراضى الخراجية اللازمة لإقامة محاليج الأقطان . ولذلك لما صدر قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ هجرية (سنة ١٨٦٧ ميلادية) ، وهو القانون العثمانى الذى يبيع للأجانب تملك العقار فى أراضى الدولة العثمانية ، كان الأجانب فى مصر قد تمتعوا بهذا الحق منذ وقت طويل .

وبعد أن انتشر العمران فى البلاد وأصبح المصرى قادراً على استغلال الأرض على خير وجه ، وضاعت رقعة الإقليم عن أن تنفع للمصريين الذين يترابون كل يوم بسرعة تفوق المألوف ، بدأ النظر إلى المسألة من زاوية أخرى . فالأرض هى الإقليم الذى تبسط عليه الدولة سيادتها ، ومالك الأرض

« لا يجوز مائة فدان فى كل حالة على حدة بالنسبة إلى الأراضى الزراعية التى يكون النظر فيها لغير وزارة الأوقاف .

وانظر فيما يتعلق بالأراضى الزراعية الموقوفة على جهات غير الخامسة القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٢ .

يتمتع بحقوق واسعة ، فأصبح من المرغوب فيه أن تضيف حقوق الأجانب في تملك الأرض المصرية ، واذنبى على ذلك أن صدرت قوانين متلاحقة تحقّق هذا الغرض .

وأول قانون صدر في هذا الشأن هو الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ وتلاه القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، وهما خاصان بمنع تملك الأراضى الصحراوية . وصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ ، يمنع الأجانب في المستقبل من تملك الأراضى الزراعية ، صحراوية كانت أو غير صحراوية ، وصدر آخر الأمر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ، وقد حل محل القانون السابق ، ويمنع الأجانب بتاتا من تملك الأراضى الزراعية ، سواء عن الماضى أو في المستقبل^(١) . ونقول كلمة موجزة في كل من هذه القوانين^(٢) .

٤١٥ — الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والقانون رقم ١٢٤

لسنة ١٩٥٨ : كانت أغراض الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ أغراضا حرية^(٣) ، وقد صدر في أوائل الحرب العالمية الثانية . ولم يتناول إلا الأراضى الصحراوية ، وهى أراض خارج الزمام تقع في حدود البلاد المصرية . فنع هذا الأمر العسكري الأجانب من تملك هذه الأراضى أو كسب حقوق عينية عليها . أما بالنسبة إلى المصريين ، فلا بد من إذن سابق من الحكومة^(٤) . وملد

(١) انظر في ذلك عز الدين عبد الله في القانون الدول الخاص الطبيعة السابعة فقرة ٢٠٤ .

(٢) ونقتصر هنا على الحد من حق الأجنبى في تملك العقار . وقد ورد في المتنول ، في المادة

الأول من قانون التجارة البحرى ، أنه لا يجوز أن يكون مالكاً لجميع سفينة رافعة العلم المصرى ولا لغيرها ، ولا أن يكون ضوا في أى شركة لتشغيل سفينة رافعة العلم المذكور . إلا من كان من فاعلتين بذلك على الأجنبى أن يملك سفينة ترلع العلم المصرى .

(٣) تنص المادة الأول من هذا الأمر العسكري على أن « يحظر على كل شخص طبيعى أو معنى أجنبى الجنسية أن يملك بأى طريق كان ، هذا الميراث ، عقارا كانا بأحد الأقسام التى تقوم على إدارتها مصلحة الحدود ، ويسرى هذا الحظر كذلك على الوقت على أجنبى ، وتقرير حقوق عينية له . وتحدد بأمر في الأقسام المذكورة المناطق التى لا يمتد إليها الحظر المنصوص عليه في الفقرة الأولى . كذلك يكون تعديل المناطق المذكورة أو تعديل حدودها بأمر » . وتنص المادة الثانية منه على أنه « في الجهات التى يسرى عليها الحظر المشار إليه في المادة الأول ، يجب ، في كل تملك لمقار بأى طريق هذا الميراث لمصلحة شخص طبيعى أو معنى مصرى الجنسية « وفي الوقت عليه وتقرير حقوق عينية له ، أن يؤخذ فيه مقدما من وزير الدفاع الوطنى . ويجوز»

العمل بأحكام هذا الأمر العسكري بموجب الرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ .

ولما أخذت أهمية الأراضي الصحراوية تزداد يوما بعد يوم نتيجة للمشروعات العمرانية ، وكان للمناطق التي تقع فيها هذه الأراضي أهمية استراتيجية عسكرية ، وكان لتوزيع التملك في هذه المناطق أهمية أخرى من ناحية منع التهريب الذي يباشره كثيرون ويتخللون من هذه المناطق الواسعة مأوى لهم ، صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية . وقد حظرت المادة الأولى منه على أى شخص طبيعي أو اعتباري أن يملك بأى طريق كان ، عدا الميراث ، عقارا كائنا بإحدى المناطق المعبرة خارج الزمام ، كما حظرت تقرير أى حق من الحقوق العينية على هذه العقارات ، أو إبرام عقود إيجار في شأنها تزيد مدتها على تسع سنوات . ولوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لا يشملها هذا الحظر ، كما له أن يحدد بقرار منه مناطق معينة يحظر فيها التأجير إلا لمدة لا تزيد على تسع سنوات ويترخيص من لجنة نص عليها في المادة ١٢ من هذا القانون . وقضت المادة الثانية من القانون بأنه استثناء من هذا الحظر ، يجوز لوزير الحربية الترخيص بالتملك أو بتقرير الحقوق العينية أو بالتأجير ولو لمدة أزيد من تسع سنوات ، بعد أخذ رأى اللجنة المنصوص عليها في المادة ١٢ . وللوزير الحق في رفض الترخيص دون إبداء الأسباب ، ويكون قراره في هذا الشأن نهائيا وغير قابل للطعن فيه أمام أية جهة . وتقضى المادة الثالثة بأن يعتبر باطلا كل تصرف يقع مخالف لهذه الأحكام .

ولم يكن لهذا القانون أثر رجعي ، فأقر الملاك السابقون على صدور القانون على حقوقهم المكتسبة ، وجعل لشاغل الأراضي بالبناء أو الغراس الذين لا يعتبرون ملاكا الأفضلية على غيرهم في حالة الترخيص بالشراء أو الاستئجار . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وكان بين القوانين التي ألغها

= رفض هذا الإذن ، خصوصا في حالة ما إذا كان المشتري شخصا منبويا تحت إشراف سلطة أجنبية ، أو إذا وجدت أسباب جديدة تدعو للاعتقاد بأنه يعمل لصالح غيره .

ورحل عليها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الذى نحن بصدده . وقد سبق الكلام تفصيلا فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤^(١) .

٤١٦ — القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ : ولكن القانون الذى هدف بطريق مباشر إلى الحد من حق الأجانب فى تملك الأراضى المصرية هو القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ ، بعد أن تبين بحسب إحصائية سنة ١٩٤٦ أن الأجانب يملكون من الأراضى الزراعية ما يبلغ مقداره ٣٥٧١٩٢ فداناً . هذا ما لهم من حقوق عقارية (من رهن واختصاص امتياز) على جزء كبير من الأراضى المملوكة للوطنين . وقد بلغ ، فى هذا الإحصاء ، عدد الملاك (بما الوقف) الذين يملكون أكثر من ألفى فدان خمسة وثلاثين مالكا ، منهم سبعة عشر (أى نحو النصف) من الأجانب . فصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ على أن يعمل به من يوم نشره فى الجريدة الرسمية : وقد نشر فى ١٧ مارس سنة ١٩٥١ . وقد نصت المادة الأولى منه على أنه : مع عدم الإخلال بأحكام المادتين الأولى والثانية من الأمر رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ الذى استمر العمل به بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ بشأن تملك العقارات فى أقسام الحدود ، يحظر على غير المصريين ، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين ، اكتساب ملكية الأراضى الزراعية والأراضى القابلة للزراعة والأراضى الصحراوية بالمملكة المصرية ؛ ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع^(٢) . فالأشخاص المحرم عليهم التملك هم غير المصريين ، سواء كانت لهم جنسية أجنبية أو كانوا مجهولى الجنسية أو كانوا عديمى الجنسية ، وسواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا معنويين . والعقارات الممنوع تملكها هى الأراضى الزراعية والأراضى القابلة للزراعة والأراضى البور والأراضى الصحراوية^(٣) ، وذلك كله سواء كان ملكية تامة أو حق رقبة أو حق انتفاع . ويحرم التملك بأى سبب من أسباب كسب الملكية : فيما عدا الميراث أو الوصية من أجنبى لأجنبى . فالعقد يكون باطلا بطلانا مطلقاً ، ويجوز لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب هذا البطلان . وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء

(١) انظر آنفاً فترة ٨٩ — فترة ٩٢ .

(٢) فلم يعد للأجنبى إلا حق تملك العقارات المبنية والأراضى المدة البناء .

نفسها . وكذلك تبطل الوصية الصادرة من مصرى إلى أجنبي بطلانا مطلقا ، ولا يجوز للأجنبي الميراث من المصرى ، كما لا يجوز للأجنبي أن يملك الأراضي لليور والأراضي الصحراوية بالاستيلاء ، ولو بنى فيها أو غرس ، ولورخصت له الحكومة فى وضع اليد . ولا يجوز للأجنبي أن يأخذ بالشفعة ، ولا أن يملك بالتقادم ولو بدأ سريانا بالتقادم من قبل العمل بالقانون مادام التقادم لم يتم . وقد نصت المادة ٢ من القانون سالف الذكر على أنه « استثناء من حكم المادة السابقة ، يجوز لغير المصرى اكتساب ملكية الأرضى الزراعية فى الأحوال الآتية : (أ) إذا آلت إليه بطريق الإرث أو الوصية من أجنبي . (ب) إذا كانت موقوفة ، وآلت إليه بسبب انتهاء الوقف أو الرجوع فيه (ج) إذا كان غير المصرى له حق امتياز البائع ، ورسا عليه مزاد الأرض التى له عليها هذا الحق بالتطبيق للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . (د) إذا كان غير المصرى شركة مساهمة تقوم بالأعمال المصرفية ، وكانت مرتبة ورسا عليها مزاد الأرض الموهونة بالتطبيق للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . (هـ) إذا كان غير المصرى دائنا مرتبنا قبل العمل بهذا القانون ، ورسا عليه مزاد الأرض الموهونة بالتطبيق للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . (و) الأراضي الداخلة فى نطاق المدن المحددة بمرسوم » .

ولما كان هذا القانون ليس له أثر رجعى ، فقد بقى للأجانب ما كانوا يملكونه من أراض زراعية قبل العمل بالقانون ، وهى أراض واسعة كما رأينا . ومن أجل ذلك صدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ يلغى القانون الذى نحن بصددده ، ويحرم على الأجانب تملك الأراضي بتاتا ، حتى بالنسبة إلى الماضى .

٤١٧ - القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ : صدر هذا القانون فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٣ ، وعمل به من وقت نشره بالجريدة الرسمية فى ١٩ يناير سنة ١٩٦٣ . وجاء فى مذكرته الإيضاحية : « صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنع تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما فى حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والأراضي الصحراوية . ولا تسرى أحكام هذا القانون بالنسبة للأراضي التى تملكها الأجانب قبل العمل به . ومن جهة أخرى فقد امتشى هذا القانون

عدة حالات أجز فيها للأجانب تملك الأراضي الزراعية ، حتى بعد العمل بأحكامه . وقد كان ذلك مبيها في إضعاف أثر هذا القانون ، وعدم تحقيق للغرض منه كاملا . ورغبة في تلافى النقص الوارد بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ ، واستكمالا لسيادة الدولة ، وتحقيقا لسياساتها الاشتراكية في توزيع الأراضي على صغار الفلاحين لرفع مستوى معيشتهم ، أعد مشروع القانون المرافق ... :

وتنص المادة الأولى من القانون على أن « يحظر على الأجانب ، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين ، تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والبور والصحراوية في الجمهورية العربية المتحدة . ويشمل هذا الحظر الملكية التامة ، كما يشمل الرقبة أو حق الانتفاع . ولا تعتبر أرضا زراعية ، في تطبيق أحكام هذا القانون ، الأراضي الداخلة في نطاق المدن والبلاد التي تسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، إذا كانت غير خاضعة لضريبة الأقطان . ويستثنى الفلسطينيون من تطبيق أحكام هذا القانون موقتا » . ويخلص من هذا النص أن الأشخاص المحظور عليهم تملك الأراضي الزراعية في مصر هم الأجانب ، أشخاصا طبيعيين كانوا أو أشخاصا معنويين ، ويدخل في ذلك من له جنسية أجنبية معلومة ومن كان مجهول الجنسية ومن كان عديم الجنسية^(١) . ولا يستثنى من الأجانب إلا الفلسطينيون ، والامتناء موقت إلى أن يرجعوا إلى أراضيهم الأصلية التي ملبوا منها . أما الأراضي التي يتناولها الحظر ، فهي الأراضي الزراعية وما في حكمها من أراضي قابلة للزراعة وأراضي بور وأراض صحراوية ، وذلك كله ملكية تامة أو رقبة أو حق انتفاع . ولا تدخل الأراضي الداخلة في نطاق المدن والبلاد التي تسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وهو القانون الخاص بتقسيم الأراضي المعدة للبناء ، وذلك إذا كانت غير خاضعة لضريبة الأقطان . فهي إذن الأراضي المأبأة والأراضي المعدة للبناء في داخل المدن والتي يسرى عليها القانون الخاص بتقسيم الأراضي ، أما الأراضي المقام

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا المعنى : « من المفهوم أن التصود للأجانب في تطبيق أحكام هذا القانون هم جميع من لا يتمتعون بجنسية الجمهورية العربية المتحدة » .

عليها مبانى القرية وجعلت سكنا للفلاحين ومكانا لإيواء واهشيم وحفظ حاصلاتهم فهذه تعتبر من ملحقات الأراضي الزراعية وتأخذ حكمها من حيث عدم جواز تملك الأجانب لها^(١). ويحرم على الأجنبي تملك الأرض الزراعية بأى سبب من أسباب التملك . فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقاً . وقد نصت المادة العاشرة من القانون على أن « يقع باطلا كل تعاقد يتم بالخالف لأحكام هذا القانون ولا يجوز تسجيله ، ويجوز لكل ذى شأن وللنابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها » . وكذلك لا يجوز للأجنبي أن يملك بالأمان الأراضي الصحراوية . ولو أخذ ترخيصا بوضع اليد عليها . ولا يجوز للأجنبي أن يرث أرضا زراعية ، كما لا يجوز أن يوصى له بها وتكون الوصية باطلة . ولا يملك الأجنبي أرضا زراعية بالتقادم ، إذا كانت مدة التقادم قد تمت بعد العمل بالقانون ولو بدأ سريانها قبل ذلك . ولا يجوز إيقاع البيع فى أرض زراعية لأجنبي بالتطبيق لأحكام المادة ٦٦٤ مرافعات . ولكن يجوز للأجنبي أن يرهن أرضا زراعية ، وأن يأخذ عليها حق اختصاص ، وأن يكون له عليها حق امتياز ، بشرط عدم إيقاع البيع عليه عند التنفيذ على الأرض .

وتنص المادة الثانية من القانون على أن «تؤول إلى الدولة ملكية الأراضي الزراعية وما فى حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والبور والصحراوية المملوكة للأجانب وقت العمل بهذا القانون ، بما حلها من المنشآت والآلات الثابتة وغير الثابتة والأشجار وغيرها من الملحقات الأخرى المخصصة لخدمتها . ولا يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات الملاك الخاصين لأحكامه ، ما لم تكن صادرة إلى أحد المتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة وثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ من ديسمبر سنة ١٩٦١ » . وهذا النص جوهرى فى القانون . فهو الذى يجعل القانون ذا أثر رجعى . فيسرى على الأراضي الزراعية التى كانت مملوكة للأجانب وقت العمل به . أى فى ١٩ يناير سنة ١٩٦٣ . فتؤول ملكية هذه الأراضي للدولة لتوزيعها على صغار الفلاحين ، ويجرد

(١) عكة القضاء الإدارى بمجلس الدولة ١٥ أبريل سنة ١٩٥٨ بمجموعة أحكام من
البلو ١٢ و ١٣ ص ٩٣ .

كل أجنبي من ملكية أراضيه الزراعية . وبذلك يكون قانون سنة ١٩٦٣ قد أحدث انقلاباً جوهرياً في تلك الأجانب للأراضي الزراعية في مصر ، قصر عن تحقيقه قانون سنة ١٩٥١ . ولم يعد الآن لأحد من الأجانب أرض زراعية ملكها في مصر . ولما كان تصريح رسمي قد صدر في يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ بعزم الحكومة على إصدار قانون سنة ١٩٦٣ . ومضى أكثر من سنة قبل أن يصدر هذا القانون . فقد أخذ كثير من الأجانب في بيع أراضيهم الزراعية لمصريين توقعاً لصدور القانون . ولهذا نصت المادة الثانية كما رأينا على أنه « لا يعتد في تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات الملاك الخاضعين لأحكامه . ما لم تكن صادرة إلى أحد المتمعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة وثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ » . فالتصرفات الصادرة من المالك الأجنبي لا يعتد بها إذن إلا إذا توافر فيها شرطان : (١) أن تكون ثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ . إذ التصرفات التي صدرت بعد ذلك أو كانت غير ثابتة التاريخ يفترض القانون أنها صدرت تخالفاً على قانون سنة ١٩٦٣ . (٢) أن يصدر التصرف لمصري ، ومعنى ذلك أن التصرف إذا صدر لأجنبي لا يعتد به . ولو كان ثابت التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ . وهذا خطأ واضح . فمثل هذا التصرف يعتد به لا محالة ، ويستولى على الأرض الزراعية المتصرف فيها عند الأجنبي المتصرف له . ومن ثم لا يكون هناك داع لهذا الشرط الثاني . بل هو غير صحيح كما قلنا ، ويكتفى بالشرط الأول .

ونقضى المادة ٤ من القانون بأن يودى إلى المالك الأجنبي ، الذى أخذت منه أراضيه الزراعية وآلت إلى الدولة لتوزيعها على صغار الفلاحين طبقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى . تعويض يقدر وفقاً لأحكام هذا القانون الأخير . أى عشرة أمثال القيمة التجارية معتداً بالقيمة السارية في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ . ونقضى المادة ٥ من القانون بأن يودى التعويض سنداً ضامياً على الدولة لمدة ١٥ سنة بفائدة مقدارها ٤ ٪ سنوياً . وتكون السندات قابلة للتداول في البورصة ، ولا يجوز التصرف فيها لغير المصريين .

ونصت المادة ٦ من القانون على أنه « إذا كانت الأرض مثقلة بحق رهن . أو اختصاص أو امتياز . استنزل من قيمة التعويض للمالكها ما يعادل حصة

الذين المضمون بهذا الحق في حدود التعويض : وللحكومة إذا لم تحل محل المدين في الدين أن تسبدل به مستندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تسهلك هذه المستندات في مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ... » .

وتوجب المادة ٧ من القانون على كل مالك يخضع له أو من يمثله قانوناً تقديم إقرار بما يملكه أو يضع يده عليه . وتنص المادة ١١ من القانون على أنه : « يجب على الجهات الحكومية أن تبلغ الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بكل حالة توؤل فيها ملكية أراض زراعية أو ما في حكمها إلى أجنبي بسبب الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التعاقد بعد العمل بهذا القانون . كما يلتزم من تلقى الملكية من الأجانب بتقديم الإقرار المنصوص عليه في المادة ٧ خلال شهر من تاريخ علمه بقبام سبب الملكية . وتستولى الحكومة في هذه الحالة على تلك الأراضي ، مقابل التعويض المقرر وفقاً لأحكام هذا القانون » .

وقضت المادة ١٢ من القانون بإلغاء القانون السابق عليه ، وهو القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ .

ونرى من ذلك أن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ قد جعل الحكومة تستولى على الأراضي الزراعية المملوكة للأجانب في مقابل تعويض ، وقد سلمت هذه الأراضي للهيئة العامة للإصلاح الزراعي لتوزيعها على صغار الفلاحين ، وأجرى كل ذلك وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي . ولم يعد الأجنبي صالحاً لملك أرض زراعية في مصر ، فقد جرد مما كان يملكه منها في الماضي ، وحرم عليه أن يملك غيرها في المستقبل .

الفصل الثاني

قيود ترد على حق الملكية للصلحة الخاصة

٤١٨ — تصنيف هذه القيود : ترجع هذه القيود بوجه عام إلى الجوار ما بين الملاك . فهناك قيد عام يلزم الجار بالآ يستعمل ملكه بحيث يضر بجاره

ضرراً غير مألوف ، وهذا ما نبهته في الفرع الأول من هذا الفصل . ثم هناك حالات خاصة في الجوار . وهذا ما نبهته في الفرع الثاني . وهذه الحالات الخاصة هي (أولاً) حالات ترجع إلى الرى والصرف ، من شرب ومجرى ومسيل ، وهذه هي موضوع المبحث الأول من الفرع الثاني . (ثانياً) حالات ترجع إلى التلاصق في الجوار ، وتتملك بوضع الحدود وحق المرور والمطلات ، وهذه هي موضوع المبحث الثاني من نفس الفرع (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التهيدي بياناً لهذه التهيود : « فالقيود القانونية ... قد تكون قيود اقتضتها التزامات الجوار ، وهي التزامات قد رعاها القضاء المصري مستهماً فيها للشرعية الإسلامية ، وقتها المشروع على الوجه الذي قرره القضاء . وقد تكون ما يسميه التقنين الحال (السابق) بحقوق الارتفاق ، وقد نقلها المشروع من المكان المخصص لحقوق الارتفاق إلى المكان الذي ينبغي أن توضع فيه بين التهيود القانونية التي ترده على حق الملكية . وهي قيود متنوعة ، منها ما يرجع إلى الانقضاء بالمياه . وقد حث المشروع بتنظيم هذه التهيود العامة التي تنبئ بللد زراعي ... وقد أدمج المشروع أحكام التقنين المذكور (السابق) والأحكام الأساسية للأنحة الترع والجسور ، واستخلص من كل هذا نصوصاً موحدة . بدأت بتقرير حق المالك على المساق والمصارف الخاصة ، ولكنها قيدت هذه الملكية تقييداً عاماً في مصلحة الجوار . فقررت حق الشرب للملاك المجاورين ، وأجازت لهم أن يستعملوا المساق أو المصرف المملوك للجوار فيما يحتاج إليه أراضيهم من رى أو صرف بعد أن يستوفى المالك حاجته . ثم قرر المشروع حق المجرى للمياه الكافية لرى الأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك حق المسيل للمياه للصرف الآتية من الأراضي المجاورة ، ... ، وعالج ما ينجم عن هذه الحقوق من ضرر ، فقرر حق التعمير إذا أسباب الأرض ضرر من مائة أو مصرف يمد بها . ووجه الاختصاص التي تفصل في هذه المسائل ، فقبلها الجهات الإدارية المهيئة في لائحة الترع والجسور ، بعد أن كان الاختصاص مشتركاً بينها وبين المالكين - ومن التهيود القانونية ما يرجع إلى حق المرور ، ولا يترد التقنين الحال (السابق) هذا الحق إلا لأرض لا اتصال لها أصلاً بالماء ، أما المشروع فيقرره أيضاً لأرض لها اتصال بالطريق العام ولكن بمد غير كاف . ثم يضع قيوداً مقبولة ، إذ يقرر أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تهيئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني ، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء ... ومن التهيود القانونية ما يرجع إلى التلاصق في الجوار . وقد رتب المشروع على هذا التلاصق أن يكون لكل مالك الحق في إجبار جاره على وضع حدود لأحكامه المتلاصقة ... وما يترتب أيضاً على التلاصق في الجوار ألا يكون للجوار على جاره مطل على مسافة تقل عن متر ، وقد أخذ المشروع عن التقنين الحال (السابق) هذا الحكم . وزاد عليه أن منع المثل المتصرف على مسافة تقل عن نصف متر ، ونص صراحة على أن المناور يباح فتحها على أية مسافة ، وحسم خلافاً في كسب المثل بالتقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦ - ٨ ص ٨) .

وقد سبق أن بحثنا . في عقد الإنجار ، حقوق مستأجرى الأملاك ،
ومستأجرى الأراضي الزراعية : وليست هذه الحقوق إلا بمثابة قيود ترد على
الملكية ، ويزداد عبثها كل يوم .

الفرع الأول

القيود التي ترجع إلى الجوار بوجه عام (*)

(مضار الجوار غير المألوفة)

٤١٩ - نص قانوني : تنص المادة ٨٠٧ مدني على ما يأتي :

١ - على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .

٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي
لا يمكن تجنبها . وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ،
على أن يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات . وموقع كل منها بالنسبة

(*) مراجع : Ihering في القيود المفروضة على ملك المقارنات لمصلحة الجيران :

الأعمال المختارة ترجمة Meuleneare سنة ١٨٩٣ جزء ٢٠ ص ١٠١ وما بعدها - Veresco
في دراسة عامة في القيود التي ترد على حق الملكية رسالة من باريس سنة ١٩٠١ - Ripert
في استعمال حق الملكية فيما يتعلق بالملكيات المتجاورة رسالة من لوكس سنة ١٩٠٢ - Farge
في الجوار في الأشياء الصناعية رسالة من جرينوبل سنة ١٩٢٣ - Demogue في الالتزامات
بوجه عام سنة ١٩٢٤ الجزء الرابع ص ٣٩٦ وما بعدها - Leyat في المسؤولية في علاقات
الجيران رسالة من تولوز سنة ١٩٣٦ - مازو في المسؤولية المدنية الطبعة الرابعة الجزء الأول فقرة
٥٩٣ وما بعدها - Savatier في المسؤولية المدنية الطبعة الثانية الجزء الأول سنة ١٩٥١
فقرة ٧٠ وما بعدها . Capitani في التزامات الجوار في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠
ص ١٥٦ وما بعدها وص ٢٢٨ وما بعدها - وتعليقه في دالوز ١٩٠٨ - ٢ - ٤٩ - Apert
في حقوق المالك قبل جيرانه في المجلة القبلية للقانون المدني سنة ١٩٠٦ ص ٧١ وما بعدها -
وتعليقه في ميريه ١٩٠٥ - ٢ - ٤١ - Ripert تعليقه في دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٣٨٥ -
Crouzel في دراسات في المسؤولية المدنية في Rev. gen. dr. سنة ١٩١٩ ص ٣٠ وما بعدها
وص ٢٦٩ وما بعدها وسنة ١٩٢٠ ص ١٤٠ وما بعدها .

إلى الآخر : والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق^(٢).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء المصرى كان يطبق هذه الأحكام ، مقتضيا فى ذلك أثر القضاء الفرنسى ، ومهتديا بأحكام الشريعة الإسلامية^(٣).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٧٦ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٨١٦ - وفى التقنين المدنى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٦٩ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فبما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن 'فترة' ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « البالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث فى العين المجاورة ، أن يقاضى الحائز لهذه العين حتى يتخذ كل ما يلزم لاتقاء الخطر ، دون إخلال بحقه فى التصرف . وبالك أيضا أن يطلب وقف الأعمال أو اتخاذ ما تدعو إليه الحاجة من احتياطات عاجلة ، ريثما تفصل المحكمة فى النزاع » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد حذف هذه الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة ، وأصبح رقم النص ٨٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٤ ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨ - ص ٢٤) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « هذا نص جوهري فى المشروع يقر التزامات الجوار فيجعلها التزامات قانونية . وهى الآن (فى التقنين المدنى السابق) التزامات لا مصدر لها إلا القضاء المصرى ، قررها مهتديا فى تقريرها بالشريعة الإسلامية ، ففتنوا المشروع كما هى مقررة فى القضاء المصرى وفى الشريعة الإسلامية . فأصبحت التزامات مستقرة ثابتة لها مصدر معروف هو نص القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١) .

وانظر فى أحكام القضاء المصرى : محكمة استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٢ الهامة ١٢ رقم ١٣٣ ص ٣٠١ - الإكسكدرية الوطنية ٢ أكتوبر سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ٣٧١ ص ٧٥٣ - استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ - ٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١١ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٣٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ - وانظر مناقضا لذلك : استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٥٣ - ١٠ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٤٧ .

وانظر فى الشريعة الإسلامية : م ٥٧ - ٦٣ موثد الحيوان - م ١١٩٥ - ١٢٠٩ مجلة لأحكام المدنية .

العراقي م ١٠٥١ - ولا مقابل للنص في قانون الملكية العقارية اللبناني (١).
والنص كما نرى يعرض لمضار الجوار غير المألوفة ، ويوجب مسئولية
المالك عنها . ومن هنا كان التزام المالك بالألا يحدث ضرراً غير مألوف
بلحارة قيداً يرد على حق الملكية ، وهو أقرب إلى أن يكون التزاماً عينياً
(obligation réelle) لأنه يرافق الملك وينتقل معه أين ذهب (٢).
ونحدد أولاً حالة مضار الجوار غير المألوفة ، نتميزها عن غيرها من
الحالات التي تلتبس بها . ونبحث بعد ذلك تقدير الضرر غير المألوف ،
والأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض عنه ، وكيف يكون
هذا التعويض .

المبحث الأول

تحديد حالة مضار الجوار غير المألوفة

٤٢٠ - وجوب التمييز بين حالات ثلاث : حتى نحدد حالة مضار

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨١٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٥١ : ١ - لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجوار
ضرراً فاحشاً . والقصور الفاحش يزال ، سواء كان حادثاً أو قديماً . ٢ - والمالك المهدد بأن يصيب
عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث في البين المجاورة ، أن يطلب اتخاذ كل ما يلزم
لاتقاء الضرر ، وله أيضاً أن يطلب وقف الأعمال أو اتخاذ ما تدعو إليه الحاجة من احتياطات
عاجلة ريثما تفصل المحكمة في النزاع . ٣ - وإذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً ، فبجاء
آخر وأحدث في جانبه بناء وتضرر من قبله ، فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه .
(وأحكام هذا النص تنطبق في مجموعها مع أحكام نص التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني ، لا مقابل (ولكن النص لا يتعارض أحكامه مع القواعد العامة) .
وقد ورد في المادة ٦٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني ما يأتي : « يتسم على كل صاحب عقار
يريد أن يباشر في أرضه أعمالاً من شأنها أن تلحق ضرراً بالأراضي المجاورة ، كالنقب والبر والحفر
وإقامة مشروعات خطيرة أو مزرعية أو مضرّة بالصحة ، أن يتقيد بالأنظمة المحلية التي تحدد المسافة
الواجب حفظها بينه وبين تلك الأراضي ، أو تعين الحواجز الواجب إقامتها بينهما » .
(٢) انظر ألفا فقرة ١٠٠ .

الجوار غير المألوفة تحديداً دقيقاً ، فلا تلتبس بغيرها من الحالات التي تقرب منها ، يجب أن نميز بين حالات ثلاث : (١) حالة الخطأ في استعمال حق الملكية . (٢) حالة التصرف في استعمال حق الملكية . (٣) حالة مضار الجوار غير المألوفة^(١) .

§ ١ - الخطأ في استعمال حق الملكية

٤٢١ - مخالفه المالك للقوانين واللوائح : قلنا أن حق الملكية ليس حقاً مطلقاً ، وأن المالك في استعماله إياه يجب أن يعمل في حدود القوانين واللوائح التي تقيد من حق الملكية . فإذا هو أخل بأى التزام فرضته عليه هذه القوانين واللوائح ، كان الإخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية .

فإذا أدار المالك مثلاً محلاً مقلقا للراحة أو مضرراً بالصحة أو خطراً ، دون أن يحصل على رخصة في إدارته ، ودون أن يراعى الاشتراطات التي أوجبتها اللوائح في هذا الشأن ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ . فإذا ترتب على هذا الخطأ ضرر يلحق جيرانه ، كان عليه أن يعرض هذا الضرر وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية . وكذلك إذا أدار محلاً عاماً دون أن يراعى الأحكام التي فرضتها اللوائح في هذا الشأن ، أو ركب آلة بخارية دون أن يحصل على رخصة إدارية مخالفاً بذلك أحكام اللوائح ، وتسبب عن المحل العام أو عن الآلة البخارية ضرر للجيران ، وجب عليه تعويض هذا الضرر طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية . وإلى هنا لا يوجد جديد ، فنحن في نطاق القواعد العامة نطبقها كاملاً على المالك إذا أضر جيرانه في استعمال ملكيته .

٤٢٢ - ارتكب المالك خطأ : وقد لا يرتكب المالك مخالفة للقوانين

(١) ويلاحظ أن هذه الحالات الثلاث ليست مقصورة على حق الملكية ، بل هي حالات عامة تشمل الملكية وغيرها . فالتعدي يتناول المسؤولية التقصيرية ، والتصرف في استعمال حق الملكية هو فرع من التصرف في استعمال الحق بوجه عام ، ومضار الجوار غير المألوفة تشمل المالك والمتنفع والمتأثر وغيرهم من الجيران . ولكننا نقصر هنا على تطبيق هذه الحالات على حق الملكية هو فيه .

٢٥ - التعسف في استعمال حق الملكية

٤٢٣ - صور التعسف في استعمال حق الملكية : يتحقق التعسف في استعمال حق الملكية ، كالتعسف في استعمال أى حق آخر ، في صور ثلاث نصت عليها المادة ٥ مدنى إذ تقول : « يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التى يرى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تقاسم البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) إذا كانت المصالح التى يرى إلى تحقيقها غير مشروعة^(١) . »

٤٢٤ - قصد الإضرار بالغير : هذه هى أول صورة من صور التعسف ، وهى أكثر الصور وضوحاً . فلو أن المالك ، وهو يستعمل حق الملكية ، كان الدافع له على ذلك هو إحداث ضرر للجار دون أن يصيب منفعة من ذلك ، كان استعماله لحق الملكية على هذا النحو تعسفاً يستوجب مسئوليته .

« أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه . فالمسئولية هنا قائمة على خطأ ذى شقين ، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر غير قابل للعكس . فكل المقرور أولاً أن يثبت أن الضرر الذى أصابه نجم من تهم البناء ، فإذا ما أثبت ذلك ، كان على حارس البناء حتى يدفع مسئوليته أن يثبت أن تهم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه . وهو يستطيع ذلك بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح ، وهذا هو الشق المفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس كما ذى . فإذا لم يستطع أن يثبت هذا الشق ، يبقى مفروضاً في جانبه . وكذلك يبقى الشق الثانى مفروضاً ، ولكن المفروض هنا قابل لإثبات العكس ، ويمتد الإهمال في الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوب إلى خطأ الحارس (انظر الوسيط ١ فقرة ٧٢١) . والمسئولية هنا تقوم في جانب الحارس لا المالك ، ولكن الكثرة الثابتة من الأحوال أن يكون الحارس هو عين المالك . ثم تنص المادة ١٧٧/٢ مدنى على ما يأتى : « ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لردم الخطر ، فإن لم يتم بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه . » وهنا المسئول عن اتخاذ التدابير الضرورية لردم الخطر هو المالك (قرب الفقرة الثالثة التى خلطت من نص المشروع التجهيد للمادة ٨٠٧ مدنى : انظر أيضاً فقرة ٤١٩ في المالحش) .

(١) انظر أنور سلطان في نظرية التعسف في استعمال حق الملكية لة القانون والاقتصاد

٧٧٠ ص ٧١ وما بعدها .

مثل ذلك أن يفرس المالك أشجاراً في أرضه ، بقصد حجب النور عن جاره . ويؤخذ قرينة على قصد المالك الإضرار بجاره ألا يكون له نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذى اختاره مع علمه بالضرر الذى يلحق الجار ، فيعتبر متعسفاً المالك الذى يقيم حائطاً في حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء من جاره دون نفع ظاهر له^(١) . أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته ، فلا تعسف ولا تعويض^(٢) . وإذا أقام المالك في ملكه مدخنة لا نفع له منها ، وإنما قصد بها إيلاء الجار ، فإنه يكون متعسفاً^(٣) . أما إذا أقامها لنفع منها يقصده ، ولكنه وضعها في مكان يؤذى به الجار وكان يمكن تجنب هذا الأذى لو أنه أقامها في مكان آخر ، فإنه لا يكون متعسفاً ، ولكنه يكون قد ارتكب خطأ في استعمال حق ملكيته إذ انحرف في هذا الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد^(٤) .

٤٢٥ - **رجمانه الضرر على المصلحة رجمانا كبيرا** : وهذه الصورة الثانية من صور تعسف المالك في استعمال حق ملكيته لا يتبين فيها على وجه قاطع أن المالك قد قصد الإضرار بالجار ، ولكن يثبت أن المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ومن يفعل ذلك فهو إما عايب مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس

(١) استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ رقم ٨٦ ص ١٢٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ - استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٩ - ٧٢٣ - مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٨ رقم ٣١ ص ٧٤ .

ولفتت محكمة الاستئناف المختصة بأن المالك يكون قد أساء استعمال حقه إذا أقام دلي حدود ملكه بناء تصل قمته إلى نصف ارتفاع الطليقة التالية من عقار الجار ، وكان ذلك مجرد مصادفة هذا الجار (استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ٢٥٢) . وقضى بأنه لا حق للجار في مطالبة جاره بتعويض ما يلحق زراعته من الضرر بسبب ظل أشجاره ، إلا إذا ثبت أن صاحب الشجر قصد بفرسه الإضرار به أو أهمل في اتباع الأصول الزراعية ، وفي غير هاتين الحالتين يعتبر ما يحدثه الظل من الأضرار العادية التى لا مفر للجيران من التسامح فيها (الترقايز الجزئية ٢٢ أكتوبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١١٢ ص ٢٢٤) .

(٢) استئناف مخطط ١٠ يولية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ .

(٣) يهودى وغوفو ققرة ٢٢٢ ص ١٦٩ - Colmar ٢ مايو سنة ١٨٥٥ دالوز ٩ - ٢ - ٩٦ .

(٤) استئناف مخطط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٦ ص ٨ -

من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه ، وإما منطوي على نية خفية يضرر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جديفة أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها . وفي الحالتين يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وارتكب خطأ يستوجب مسئولية ^(١) .

مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٢/٨١٨ مدنى إذ تقول : « ومع ذلك فليس للمالك الحائض أن يهدم مختاراً دون علم قوى ، إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر بالحائط » . فالمالك الذى يهدم حائطه إنما يستعمل حق ملكيته ، ولكن إذا كان المهدمون علمهم قوى ، أى لا يحقق إلا مصلحة محدودة الأهمية ، فإن مصلحة الجار الذى يستتر بالحائط فى بقاءه مستتر به ترجع رجحاناً كبيراً مصلحة المالك فى هدم الحائط . ومن ثم يعتبر هدم الحائط تعسفاً فى استعمال حق الملكية ، ويستوجب مسئولية المالك .

ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٠٢٩ مدنى من أن « المالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . فهنا يكون استعمال المالك لحق الارتفاق لا نفع له منه ، أو ذا نفع محدود الأهمية لا يتناسب البتة مع أعباء حق الارتفاق الواقعة على الجار . ويكون إصرار المالك على استعمال حق الارتفاق بالرغم من ذلك تعسفاً منه فى استعمال هذا الحق (واستعمال حق الارتفاق ضرب من استعمال حق الملكية) ، ومن ثم نص القانون على جواز أن يطلب الجار التحرر من حق الارتفاق .

ونظير ما تقدم فى المثل السابق ما نصت عليه المادة ٢/١٠٢٣ مدنى إذ تقول : « ومع ذلك إذا كان الموضع الذى عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق . بالتقدير الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق » .

٤٢٦ - عزم مشروعة المصالح التي يرمى المالك إلى تفقيها : وفي هذه الصورة الثالثة من صور التعسف في استعمال حق الملكية ، لا يقصد المالك الإضرار بالجار كما في الصورة الأولى ، وليس للجار مصلحة ترجح رجحانا كبيرا مصلحة المالك كما في الصورة الثانية ، بل إن المالك في استعمال حق الملكية إنما يقصد إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . فيكون المالك في هذه الصورة متعسفا في استعمال حق ملكيته ، وتحقق مسئولية قبل الجار الذي أضر به على هذا الوجه .

مثل ذلك المالك الذي يضع أسلاكاً شائكة أو أعمدة مدنية في حدود ملكه ، حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها في أرض مجاورة أن تشتري منه أرضه بشمن مرتفع ، فيكون متعسفاً في استعمال حق ملكيته ويلزم بإزالة الأسلاك الشائكة أو الأعمدة المدنية^(١) . ومثل ذلك أيضاً مالك العقار أجر عقاره لمن أقام عليه مصنعا ، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع ، فيمتنع المالك من الترخيص للمستأجر (بائع المصنع) في الإيجار الباطن للمشتري المصنع ، وذلك لا توفيقاً لضرر ، بل سعيًا وراء كسب غير مشروع يحنيه من المستأجر . وقد قضى القانون في هذه الحالة بإبقاء الإيجار للمشتري إذا قدم ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق ، وذلك جزاء لتعسف المالك في استعماله لحق ملكيته وامتناعه عن الترخيص في الإيجار من اللبائن . وتنص المادة ٢/٥٩٤ ملني في هذا الصدد على ما يأتي : « ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر ، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة ، بالرغم من وجود الشرط المانع ، أن تقضي بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق » . ومثل ذلك أخيراً المالك الذي يتخذ من داره ملحقاً للمشتبه في سلوكهم ، أو منزلاً للدعارة ، أو مأوى للصوم .

(١) نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٩١٥ دالوز ١٧ - ١ - ٧٩ - كاريونييه ص ١٩٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المالك يسي استعماله إذا هر أساط أرضه بأسلاك شائكة ، وهو يقصد بذلك منع الانتفاع بالمطار المجاور له ، بأن يجعل به طائرات فيه مخفوها بالمطار (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣١١) .

§ ٣ - مضار الجوار غير المألوفة

٤٢٧ - وجوب تمييز حالة مضار الجوار غير المألوفة عن الحالتين

السابقتين : والآن نفرض أن المالك قد أضر بجاره وهو يستعمل حق ملكيته ، ولكنه في هذا الاستعمال لم يرتكب أى خطأ . فلم يخالف القوانين واللوائح ، ولم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . ولم يفرض القانون خطأً في جانبه . وبذلك نكون قد ابتعدنا عن الحالة الأولى من الحالتين السابقتين ، حالة الخطأ في استعمال حق الملكية . كذلك ثبت أن المالك ، وهو يستعمل حق ملكيته ، لم يتعسف في استعمال حقه . فلا هو قصد الإضرار بالجار . ولا كان للجار مصلحة ترجع رجحاناً كبيراً على مصلحته ، ولم يهدف المالك في استعمال حق ملكيته إلى تحقيق غرض غير مشروع . وبذلك نكون قد ابتعدنا أيضاً عن الحالة الثانية من الحالتين السابقتين ، حالة التعسف في استعمال حق الملكية .

ومع ذلك فإن المالك ، وهو يستعمل حق ملكيته ، قد أضر بجاره ، فهل يكون مسئولاً مع أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه ؟ تجيب الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى كما رأينا : « ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف » . ومن ذلك نرى أن المالك لا يكون مسئولاً إلا إذا كان الضرر الذى أصاب الجار قد تجاوز الحد المألوف ^(١) ، أما إذا لم يتجاوز هذا الحد وبقي في نطاق الضرر المألوف الذى لا يمكن تجنبه ما بين الجيران فهو غير مسئول ^(٢) . فمسئولية المالك إذن تكون عن الضرر غير المألوف للجوار ، أى عن الضرر الفاحش الذى يصيب الجار ^(٣) .

(١) انظر المادة ٩٠٦ مدنى المائى والمائتين ٦٨٤ - ٦٨٥ مدنى سويسر

(٢) أوبرى ٢٠٠ ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣ - ص ٢٨٦ - ص ٢٨٧ -

بودوى وشوثر فقرة ٢١٨ - بلانويل وبيير وبولانجيه ١ فقرة ٣٠٥٩ .

(٣) أما في فرنسا ، فلا يوجد نص تشريعى كتص المادة ٨٠٧ مدنى مصرى ، وتقرير مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة كان من عمل القضاء الفرنسى ، وقد اتضعت ذلك من التطورات الاقتصادية التى حدثت بعد صدور التتئين المدنى الفرنسى في سنة ١٨٠٤ (انظر بلانويل وبيير وبيكار ٣ فقرة ٤٦٠) .

وبين في وضوح الفرق ما بين حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالتي الخطأ في استعمال حق الملكية والتعسف في استعمال هذا الحق . ففي حالة الخطأ في استعمال حق الملكية ، يكون هناك خطأ ، ثابت أو مفترض ، في جانب المالك ، ولذلك يعرض المالك عن الضرر مهما كان ضئيلاً . وفي حالة التعسف في استعمال حق الملكية ، يكون هناك إما قصد المالك الإضرار بالجوار أو رجحان مصلحة الجار رجحاناً كبيراً أو قصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة ، ولذلك يعرض المالك هنا أيضاً عن الضرر مهما كان ضئيلاً . أما في حالة مضار الجوار غير المألوفة وهي الحالة التي نحن بصدها ، فلا يكون هناك أى خطأ في جانب المالك ، ولا يكون المالك متعسفاً في استعمال حق ملكيته ، فهو لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد لا خروجاً عن حدود حق الملكية ولا تعسفاً في استعمالها ، بل كل ما هنالك هو أن استعمال المالك لحق ملكيته أضر بالجوار ، ولذلك لا يعرض المالك جاره عن الضرر إلا إذا كان ضرراً غير مألوف أى ضرراً فاحشاً ، ولا يعرض عن الضرر المألوف أى الضرر الذي لا يمكن تجنبه بين الجيران^(١) .

٤٢٨ - الشروط الواجب توافرها في حالة مضار الجوار غير المألوفة :

تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والبدأ

(١) وقد كان المشروع التمهيدى المادة ٥ مدني ، وهي المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق ، تدخل ضمن الصور المختلفة للتعسف في استعمال الحق صورة يمكن أن تشمل حالة مضار الجوار غير المألوفة . فقد كان المشروع يحيل استعمال الحق غير جائز في صورة ما إذا كان هذا الاستعمال « من شأنه أن يسلط استعمال حقوق تتعارض معه تطبيقاً على دون استعمالها على الوجه المألوف » . وكبتنا في الوسيط في هذا الصدد : « ويتبين من ذلك أن هذا المعيار الثاني ليس إلا المعيار الذي يطبق في حقوق الجوار ، وهو معيار الضرر الفاحش . وقد حذف في المشروع النهائي ، لأن مضار الجوار في القانون المدني الجديد تخرج من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً في استعمال الحق ، بل هو خروج عن حدود الحق » (الوسيط ١ ، فقرة ٥٦٣) . وكبتنا أيضاً : « ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدني الجديد رسمت حداً لحق الملكية ، فقضت ألا يفلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ، وأن الجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف . فانخرج على هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية بعد خروجاً على حدود الحق ، لا تعسفاً في استعماله » (الوسيط ١ ، فقرة ٥٥١ ص ٣٨٢ هامش ٤) - قانون حسن كيرة فقرة ٩٨ ص ٣٢٠ - ٣٢١ - استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٥ .

الأسماءى الذى وضعه النص هو نهب المالك عن أن يفلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . فهناك إذن شرطان لمسئولية المالك : ضرر يصيب الجار وغلو المالك فى استعمال حقه . والمهم هو تحديد هذا الغلو ، فقد تبين أن العمل الضار بالجار لا يوجب المسئولية حتماً ، بل لابد أن يكون فى العمل غلو من المالك فى استعمال حقه . وقد حددت الفقرة الثانية من النص معنى الغلو ، ورسمت له معياراً مرناً لا قاعدة جامدة . فالغلو يتصف به كل عمل يحدث ضرراً غير مألوف للجار ، فالمعيار إذن هو الضرر غير المألوف . ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف ، وإلا غلت أبلى الملاك عن استعمال حقوقهم . أما إذا أحدثت عمل المالك ضرراً غير مألوف بالجار ، فإنه يصبح مسئولاً عن تعويض هذا الضرر . وهذا ما تقتضى به المادة ٥٧ من كتاب مرشد الحيوان ، إذ تنص على أن « للمالك أن يتصرف كيف يشاء فى خالصة ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، فعلى حائله ، ويبقى ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً » . فالضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف . وقد عرفته المادة ٥٩ من كتاب مرشد الحيوان بما يأتى : « الضرر الفاحش ما يكون ميباً لو هن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية ، فليس بضرر فاحش » . ونصت المادة ٦٠ على أنه « لا يزال الضرر الفاحش ، سواء كان قد بدأ أو حادثاً » (١) .

وبمخلص من ذلك أنه يمكن إرجاع الشروط كلها إلى فكرة الغلو فى استعمال المالك لحق الملكية ، ومعنى الغلو هنا هو أن يصيب المالك ، فى استعماله لحق ملكيته ، الجار بضرر غير مألوف (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١ - ص ٣٢ .

(٢) ومن التطبيقات العملية لمسار الجوار غير المألوف المضار التى تنشأ من مجاورة المساكن ، وهى ناجمة من الروائح الكريهة التى تنبعث منها وهما تنشره من الدخان وما تحمله من الحبة ، والقضوضاء (نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٨٩١ دالوز ٩١ - ١ - ١٥٣ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٩٤ سبريه ٩٥ - ١ - ٢٢٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٧ دالوز ١١٠٧ - ١ - ٣٨٥ - ١٨ يولية سنة ١٩٢٣ سبريه ١٩٢٤ - ١ - ٢١٢ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ دالوز الأسبوعى ١٩٢٢ - ١) . وكذلك المضار التى تنشأ من مجاورة المسارح ودور البناء والمستشفيات والمدارس (نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٥ : المسارح والكنائز ينوهات - نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ٦١ - ١ - ٢٣١ - ٨ يولية سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ٣٠) .

المبحث الثاني

تقدير الضرر غير المألوف والأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض عنه وكيف يكون هذا التعويض

١٤ - تقدير الضرر غير المألوف

٤٣٩ - اعتبارات مختلفة في تقدير الضرر غير المألوف : الضرر غير المألوف هو كما قلنا الضرر الذي يزيد على الحد المسموح فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار . فإذا زاد الضرر على هذا الحد ، كان ضرراً غير مألوف ، ووجب التعويض عنه . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدني ، كما رأينا ، في هذا الشأن : « وإنما له (للجار) أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى في ذلك العرف ،

١ - ٢٣١ : دور البناء - نجوع ٥ فبراير سنة ١٩٠٢ ١٥٥ ١٥٥ ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٢ : المستشفيات - باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ ١٩٠٥ ١٩٠٥ - ٢ - ٣٢ : المدارس) . والمضار التي تنشأ من مجاورة السكك الحديدية بما تنشره من دخان وتعدنه من ضوضاء وتسببه من حرائق (نقض فرسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٦٦ ١٨٦٦ ٦٦ - ١ - ٤٣٩ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٩٢) . والمضار التي تنشأ من استغلال المناجم ومن القيام بتنفيذ الأشغال العامة : انظر في كل ذلك پلافبول وديور وبيكار ٣ فقرة ٤٦١ - فقرة ٤٦٢ وفترة ٤٦٤ - فقرة ٤٦٧ - انظر أيضاً بودري وشوفو فقرة ٣١٩ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من الضرر ، ولولم يخالف في عمله فساداً من نصوص القانون والوقائع ، وذلك متى كان الضرر فاحشاً تجاوزاً الحد المألوف بين الجيران . فإذا أنشأت الحكومة محطة من محطات الجار على قطعة من أملاكها أثقلت إدارتها راحة السكان في حق شخص لسكنى ، كان على السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١) . وقضى بأن شركة الفنادق التي تقيم جهازاً لتوليد الكهرباء في ملحق فندق تملكه تكون مسؤولة عن الأضرار التي تصيب الجيران نتيجة الإحترازاات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز (مصر المختلطة ٥ مايو سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٠٦ ص ٤٩٢) - انظر أيضاً استئناف مصر ٢٨ يناير سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٢١٢ ص ٣٨٠ - استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ رقم ٨٦ ص ١٢٦ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٩ م ٤٢ ص ٩ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٢ ص ٢٥٨ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٣ ص ٢٤ .

وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذى خصصت له . . . وتقول المذكرة الإيضاحية لبدء التشريع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد قضت المادة .. بأنه يراعى في تحديد الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة منها : (أ) العرف . (ب) طبيعة العقارات . (ج) وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر . (د) والغرض الذى خصصت له . فمن ذلك يبين أن ما يعتبر ضرراً مألوفاً في ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهي والمحلات العامة ، يعتبر ضرراً غير مألوف في ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها ويمكنى العلبة من الناس . فإذا فتح محل مقلق للراحة في وسط المساكن الهادئة ، كان في هذا ضرر غير مألوف يجب إزالته » (١) .

فأرى من ذلك أن معيار « الضرر غير المألوف » معيار مرن ، وليس بقاعدة جامدة . فيتكيف مع الظروف المختلفة ، وبواجه الحاجات المتغيرة ، ويستجيب لمتطلبات كل منها . وهو معيار موضوعي لا معيار ذاتي ، فلا اعتبار لحالة البجار الذاتية ، كأن يكون الحار مريضاً أو منشغلاً بأعمال تقتضي الهدوء التام ، فيزعج لأية حركة ولو كانت مألوفة (٢) . وإنما العبرة بحالة الشخص المعتاد ، وهو شخص من أوساط الناس يزعمه ما يزعم الناس عادة ويحتمل ما يجري العرف بتحمله فيما بين الجيران . فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعد ضرراً غير مألوف بالنسبة إليه ، ولو كان هذا الجار يحتمل أكثر مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون له الغنم ، أو كان يحتمل أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٣٢ .

(٢) دالنيول وديبير وبيكار ٣ ققرة ٤٧٢ ص ٤٦٦ - إسماعيل غانم ققرة ١٣٣ - عبد المنعم فرج الصدة ققرة ٥٤ - منصور مصطفى منصور ققرة ٢٤ ص ٦٢ - وانظر في عدم الاعتماد بالظروف الشخصية الجار في تقدير مسئولية المالك : محمد عل حرة ققرة ١٩٢ ص ٢٤٨ - عبد المنعم البدراوي ققرة ٨٨ - حسن كيرة ققرة ٩٩ ص ٣٢٧ - ص ٣٢٨ - عبد المنعم فرج الصدة ققرة ٥٩ ص ٩٣ - ص ٩٤ (ويعتبر القرض الذى أحبطه المقار مع الظروف الشخصية التى لا يمتد بها) - منصور مصطفى منصور ققرة ٢٣ ص ٥٧ - ص ٥٨ - وانظر في أن القضاء للقرضى يمتد بالظروف الشخصية مازر ققرة ١٣٤٣ ص ١٩٠٧ (والأحكام التى أشار إليها) . .

ومن ثم كانت الاعتبارات التي يعتد بها في تقدير الضرر غير المألوف كلها اعتبارات موضوعية ، وقد ذكر منها النص فيما رأينا ما يأتي (١) :

(أ) العرف : فاجرت به العادة بين الجيران أن يتحملة بعضهم من بعض ، كأن يخرج المالك من داره في وقت مبكر أو يرجع إليها في وقت متأخر ، فيحدث حركة محسوسة ، وبخاصة إذا كان يستخدم السيارة في رواجه وغلوه ، كل هذا جرى العرف باعتباره ضرراً مألوفاً لا يمكن تجنبه ، فعلى الجيران أن يتحملوه ، وليس لهم أن يرجعوا بشيء على المالك . كذلك جرى العرف ، في الأعياد والمواسم وفي مناسبات مختلفة ، أن تشتد الحركة ويكثر الجلب ، وبخاصة بين العصابة الصغار أو في مناسبات الأفراح أو المآم أو الحفلات ، فكل هذه أضرار مألوفة لا يمكن تجنبها ، وعلى الجيران أن يتحملوها دون الرجوع على المالك (٢) . ويعتبر أيضاً في العرف ظروف المكان ، فما يعتبر ضرراً مألوفاً في الريف قد يعتبر ضرراً مألوفاً في المدن (٣) .

(ب) طبيعة العقارات : ولطبيعة العقار اعتبار في تقدير الضرر غير المألوف . فإذا كان العقار محلاً عاماً أو مقهى أو فندقاً أو حاناتاً للتجارة أو نحو ذلك ، تحمل من الضوضاء والجلبة أكثر مما يتحمل المسكن الهادئ . فما يعتبر ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى هذه الأمكنة العامة يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى المسكن . وما يعتبر ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى مصنع تدور فيه الآلات وتخشده فيه العمال وتشتد الضوضاء ، قد يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى مدرسة أو إلى مستشفى .

(ج) موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر . فصاحب السفلى يجب ، بطبيعة موقعه من العلو ، أن يتحمل من العلو ما لا يتحمل العلو من السفلى ، بهذا قضى موقع السفلى من العلو . والعقار الذي يجاور الطريق العام أو السكك

(١) وتقدير ما إذا كان الضرر يعد ضرراً غير مألوف على هذا النحو مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع ، ولا مقبى عليه من محكمة النقض (أنسيكلوبيدى دالوز : *Propriété* ،قرة ١٦٤ - إسماعيل غانم قرة ٦٣ ص ١٢٢ - حسن كيرة قرة ٩٩ ص ٢٢٥ - عبد المنعم طرج الصدة قرة ٥٩ ص ٩٣ - منصور مصطفى منصور قرة ٢٣ ص ٥٦) .

(٢) مازو قرة ١٣٤٣ ص ١٠٩٧ .

(٣) إسماعيل غانم قرة ٦٢ ص ١٣٢ .

المحمدية أو المصانع يتعود من الضوضاء ما يزعج العقار الموجود في مواقع نائية عن ذلك ، فإ يكون ضرراً مألوفاً للأول قد يكون ضرراً غير مألوف للآخر . والعقارات الواقعة في أحياء العمال يتحمل بعضها من بعض مالا يحتمله العقارات الواقعة في الأحياء البورجوازية ، فإ يكون ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى أحياء العمال قد يكون ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى الأحياء البورجوازية .

(د) الغرض الذي خصص له العقار : فالعقار الذي خصص للسكنى الهادئة غير العقار الذي خصص لأغراض تقتضي دوام الحركة واختلاف الناس عليها ، فإ يكون ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى الأول قد يكون ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى الآخر . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى كما رأينا : « فن ذلك يتبين أن ما يعتبر ضرراً مألوفاً في ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمخيلات العامة يعتبر ضرراً غير مألوف في ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها وسكنى العلية من الناس . فإذا فتح محل ملاقى للراحة في وسط هذه المساكن الهادئة ، كان في هذا ضرر غير مألوف تجب إزالته » (١٥).

٤٣٠ - سبب الترفيع الإدارى للمالك : ولا يمنع الضرر من أن يكون غير مألوف سبق الترخيص الإدارى للمالك . فقد تحصل مالك المحل الملقى للراحة أو المضى بالصحة أو المخطر على رخصة إدارية بإدارة محله ، ولكن هذه الرخصة لا تمنع من أن يعتبر الجار الضرر الذى يصيبه من جوار هذا المحل ضرراً غير مألوف ويطلب التمييز عنه . فالرخصة الإدارية إنما تبيح إدارة المحل دون أن تكون هناك مسئولية جنائية على صاحبه ، ولكنها لا شأن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المهارى على قطعة من أملاكها أُنقضت إدارتها راحة للسكان في سبب خصص للسكنى ، كان لخللاء السكان الحق فى الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٨١ - وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم انظر آنفاً فقرة ٢٨ في المباحث -) وقضت محكمة الاستئناف المحظية بأن الشركة التى تقيم مصانع وآلات في أحياء السكن تكون مسئولة عما يقع من أضرار غير مألوفة (استئناف مختلف ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٢٢ ص ٢٤٦) .

والعقار المخصص ليكون مصحة أو مستشفى قد يكون للضرر المألوف بالنسبة إليه ضرراً غير مألوف ، وبين الميعار مع ذلك معياراً موضوعياً لا معياراً ذاتياً (انظر حسن كيرة فقه ٩٩ ص ٣٢٧ مباحث ٢) -

لها بعلاقة الجيران بعضهم ببعض . فإذا وقع ضرر غير مألوف من محل مرخص له إداريا ، لم يمنع هذا الترخيص الجار المضرور من الرجوع على مالك المحل . وتقول العبارة الأخيرة : « من الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى كآ رأينا : » ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » (١) .

٤٣١ - الجارة مستجرة على المالك أو أسبقية المستعمل (préoccupation) :
وهنا نفرض أن المالك كان يدير مصنعهُ دون أن يكون له جار ، فلم يكن يلحق بأحد ضرراً غير مألوف . ثم جاء الجار فبنى دارهُ بجوار المصنع فاستجد على المالك . ولحق الجار من جراء إدارة المصنع ضرر غير مألوف ، فهل لهذا الجار المستجد أن يتضرر من مجاورة المصنع وهو الذى سعى إلى مجاورته ؟ تجيب المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على هذا بما يأتي : « أما إذا كان المحل المعلق للراحة هو القديم ، وقد وجد فى ناحية مناسبة له ، ثم امتحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى المضافة ، فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المعلق للراحة ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه ... ونصت المادة ٦٣ (مرشد الجيران) على أنه إن كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفاً مشروعاً ، فأحدث غيره بجواره بناءً مجدداً ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبائيك الدار القديمة ولو كانت مطلّة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه » (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولا يحول دون ذلك (دون طلب إزالة الضرر غير المألوف) الترخيص الإدارى الذى يعطى لهذا المحل ، وقد جرى القضاء المصرى على ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢) .
نقض فرنسى ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ٦٩ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٩٥ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٥ هامش ١١ - بوردى وشوفو : فقرة ٢٢٥ - ديموج ٤ فقرة ٧٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦٣ - كولان وكايتان ودى لاموراندوير ١ فقرة ١٠٢٦ - مازو فقرة ١٣٤٢ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢ - ٣٣ - وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٤ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أقدم شخص على بناء دار قريبة من معال ، فلا يحق له التضرر من وجودها لئلا يخاف من مداخلتها أو لتعلق تحدتها آلاتها ، لأنه جار طارئ عليها =

ونرى من ذلك أن الجار الذي يستجد على المالك ليس له أن يشكو من مضار جوار هذا المالك ولو كانت غير مألوفة ، لأنه هو الذي سعى إلى جوار المالك وهو عالم بما في هذا الجوار من مضار ، فيكون قد ارتضى به ضمنا .

ومع ذلك فإن هذه القاعدة غير مطردة ، وكثير من أحكام القضاء الفرنسي تنقض بأن المالك القديم الذي يكون مصلر ضرر غير مألوف لجيرانه ، مهما كان هؤلاء الجيران مستجدين ومهما كان هو من الملاك القديس ، لا يكسب بمجرد قدمه حقاً في أن يعفى من التعويض عما يحدثه من ضرر غير مألوف للجيران . بل يكون مسئولاً عنهم ، أو في القليل يكون هناك خطأ مشترك (faute commune) بينه وبين الجار الحديث ، هو لأنه يتسبب في ضرر غير مألوف للجار ، والجار الحديث لأنه جاور للمالك وهو على بينة من مضار هذا الجوار . أضف إلى هذا أن الجار الحديث قد لا يكون عالماً بما يتطوى عليه الجوار من ضرر غير مألوف ، أو قد يكون عالماً به ولكن الضرر تغافم واشتد بعد أن أتى الجار الحديث واستقر في جواره للمالك ، ولا يجوز على أى حال للمالك القديم أن يدعى أنه كسب بمجرد أسبقيته حقاً في أن يتحمل منه جيرانه ولو استجنوا ضرراً غير مألوف دون أى تعويض (١) .

ولأنه تغير في بناء داره نقطة ظاهرة الميب . وعلى ذلك فلا يحق له طلب تعويض من أصحاب هذه المعامل من شيء من ذلك (استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٩٢٦ ص ٤٩٨) . وتنص الفقرة ٣ من المادة ١٠٥١ مدق عراق ، كما رأينا ، حل ما يأتي : « وإذا كان أحد جعفر في ملكه تصرفاً مشروعاً ، فبإزاء آخر وأحدث في جانبه بناء وتفسر من فعله ، فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه » (انظر ألفاً فقرة ٤١٩ في الحاشي) .

(١) نقض في ١٠ فبراير سنة ١٩٠٧ د اللوز ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٥ - ٤ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ٢ - ٩٥٠ - بودري وشوفر فقرة ٢٢١ - مازو فقرة ١٣٤٤ - شفيق شحاتة فقرة ٦٨ ص ٨٨ - حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٨ - ص ٣٣٠ - إسماعيل غانم فقرة ٦٣ ص ١٣٤ - ص ١٣٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٠ - منصور مصطنع منصور فقرة ٢٣ ص ٥٩ .

وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا جاور مصنع أرضاً قضاء ، فاشتر شخص هذه الأرض لم يكن له الرجوع على صاحب المصنع لأنه اشترى الأرض بشئ روعي فيه القرار الناشئ من مجاورة المصنع (مازو وتونك ١ فقرة ٦٠٢ - فقرة ٦٠٣ - عبد المنعم البدراني فقرة ٨٧) . ولكن هذا الرأي يؤدى إلى أن المالك الأصل للأرض - وهو الذى باعها المشتري - يكون هو -

والذى يمكن التسليم به إجماعاً في هذا الصدد هو أن الجوار الحديث إذا أتى ، ووجد الحى كله مليئاً بالمصانع والمحال المقلقة للراحة ، فأصبح الضرر غير المؤلف مألوفاً في هذا الحى على وجه جماعى (préoccupation collective) لا على وجه فردى (préoccupation individuelle) ، فلا حق له بعد ذلك أن يتضرر من الجوار بعد أن أقدم عليه طائفاً مختاراً ، ولا يكون المالك الذين سعى هو لمجاورتهم مسئولين نحوه عن الضرر ، مهما كان هذا الضرر غير المؤلف (١) .

٢ - الأساس القانونى الذى يقوم عليه الالتزام بالتعويض عن الضرر غير المؤلف

٤٣٣ - **اغتبراف الفقه فى فرنسا** : نلاحظ بادئ ذى بده أن التقنين المبنى الفرنسى لا يشمل على نص يناظر المادة ٨٠٧ مبنى مصرى ، فهو إذن لا يستطيع أن يجد سنداً تشريعياً لمسئولية المالك عن مضار الجوار غير المؤلف . أما فى مصر فالمادة ٨٠٧ مبنى سند تشريعى قائم لا يجوز الخلاف فيه ، وكل ما يمكن أن تدور حوله المناقشة هو تأصيل هذا النص ورده إلى وجه معين من وجوه المسئولية .

ولما كانت مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المؤلف فى فرنسا هى من عمل القضاء دون سند تشريعى تقوم عليه كما قلنا ، فقد اختلف الفقهاء لفرنسيون فى تحديد الأساس القانونى الذى تقوم عليه هذه المسئولية . وقد التزموا فى ذلك ، ما دام السند التشريعى معلوماً ، نطاق القواعد العامة . فمنهم من رد مسئولية المالك إلى التزام قانونى هو التزام الجوار ، ومنهم من

سالتى تحصل المسارة دون أن يرجع على صاحب المصنع ، مع أن المصنع لاحق لوجود الأرض ، فكان الواجب أن يرجع المالك للأرض على صاحب المصنع بالتعويض عن الضرر غير المؤلف (انظر فى هذا المبنى إسحاق غانم فقرة ٦٢ ص ١٢٤ هامش ٣) .

(١) بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٢ - كاربونيه ص ١٩١ - إسحاق غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٥ هامش ١ - حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٩ هامش ٢ - ولعل ذلك تشير المذكرة الإيضاحية لمشروع اتينى حين قالت فيها رأينا : « أما إذا كان الملل المقلق للراحة هو القديم ، وقد وجد فى ناحية مناسبة له ... » (انظر أيضاً نفس الفقرة) .

ودعا إلى نظرية التصنف في استعمال حق الملكية ، ومنهم من يجعل المسؤولية مبنية على نظرية تحمل التبعة ، ومنهم من ذهب إلى أن الغلو في استعمال المالك لحق ملكيته هو في ذاته خطأ يستوجب التعويض . وهناك آراء أخرى (١) ، ولكننا نقف عند هذه الآراء فهي أهم الآراء الفقهية ، ونقول كلمة موجزة في كل منها ، ونوصل بعد ذلك مسؤولية المالك في القانون المصري .

٤٣٣ - مسؤولية المالك تقوم على التزام قانوني هو التزام الجوار :
ذهب بعض الفقهاء إلى أن مسؤولية المالك نحو جاره عن مضار الجوار غير المألوفة تقوم على التزام فرضه القانون على الجار بالألا يلحق بجاره ضرراً غير مألوف (٢) . ويقولون إن هذا الالتزام للقانوني يستخلص من نصوص قانونية

(١) ومن هذه الآراء ما يذهب إليه كاريونيه من أن مسؤولية المالك تقوم على نظرية الإضرار بلا سبب . فالمالك قد أثرى على حساب الجار ، والجار قد أصابه ضرر غير مألوف فافتقر ، فوجب على المالك الأثرى أن يرد لجار المفقور أقل التبعين ، المقدار الذي أثرى به والمقدار الذي افتقر به الجار (كاريونيه من ١٩٥ - ص ١٩٦) . وظاهر أنه إذا كان من المحقق أن الجار الذي أصابه ضرر غير مألوف قد افتقر ، فليس من المحقق أن المالك الذي كان مصدر هذا الضرر قد أثرى . وليس من المحقق أيضاً ، حتى إذا كان المالك قد أثرى ، أن افتقار الجار كان هو بالذات السبب في هذا الإضرار .

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن المالك لا تتحقق مسؤوليته عن الضرر غير المألوف إلا إذا تعدى مادياً على ملك الجار ، ففكر مثلاً من صنته دخاناً تجاوز ملكه واخترق ملك الجار (*Immisio*) ، أو بث بروائح كريهة أو بأصوات مقلقة أو بأملج الراديو أو نحو ذلك ، فيكون التعدى المادى على ملك الجار هو أساس المسؤولية (*Layat*) في المسؤولية في علاقات الجوار رسالة من تولوز سنة ١٩٣٦ - مازو مقرة ١٣٤١ ص ١٠٩٥ - ص ١٠٩٦) .

ومن هذه الآراء أيضاً أن مسؤولية المالك مبنية على حالة الضرورة . فضايقات الجوار ضرورية اجتماعية لا بد من تحملها ، ولكن تقدر الضرورة بقدرها . فإذا وجب الضرورة أن يتحمل الجار الجوار دون تعويض إذا كان الضرر لا يتجاوز الحد المألوف ، فإنه إذا تجاوز الحد غير المألوف وجب التعويض عنه . فتسوية المالك هنا ترجع إلى مجاوزة حد الضرورة ، إذ الضرورة إنما تقضي بحمل الضرر المألوف ، فإذا تجاوز المالك هذا الحد وأصاب الجار بضرر غير مألوف وجب عليه التعويض ولو لم يوجد خطأ في جانبه ، إذ مجاوزة حد الضرورة هي ببساطة الخطأ الذي يستوجب التعويض (سالكاتيه في المسؤولية ١ مقرة ٧١)

(٢) انظر في هذا المعنى كاهيتان في التزامات الجوار في المجلة للإقتصادية سنة ١٩٠٠ ص ١٥٦ وما بعدها و ص ٢٢٨ وما بعدها - *Veresco* في دراسة عامة للقيود التي ترد على حق الملكية العقارية رسالة من باريس سنة ١٩٠١ .

وردت في التقنين المدني الفرنسي . فالمادة ٦٥١ من هذا التقنين تشير إلى هذا الالتزام إذ تقول : « يخضع القانون للمالك لالتزامات مختلفة ، بعضهم نحو بعض ، دون أن يكون هناك أى اتفاق فيما بينهم » . ثم تأتي المادة ١٣٧٠ - ١ و ٢ و ٣ من نفس التقنين فتقول : « تنشأ التزامات معينة دون أن يكون هناك سابق اتفاق عليها ، لا من جانب الملتزم ولا من جانب الملتزم نحوه . وبعض هذه الالتزامات تنشأ بحكم القانون وحده ، وبعض آخر ينشأ من عمل شخصي يصدر من الملتزم . فالأولى هي الالتزامات التي تنشأ دون إرادة الملتزم ، كالاتزامات التي تقوم فيما بين الجيران ... » .

والصحيح أن التقنين المدني الفرنسي لم يفرض في أى نص من نصوصه التزاماً قانونياً على الجار بالألا يحدث بخاره ضرراً غير مألوف ، فليس ثمة في هذا التقنين التزام قانوني تمكن تسميته بالزام الجوار بهذا المعنى . والمادة ٦٥١ مدني فرنسي إنما تشير إلى التزامات معينة ما بين الجيران هي ، كما صرحنا في المادة التالية ٦٥٢ مدني فرنسي ، ما اشتملت عليه القوانين الخاصة وكذلك الالتزامات المتعلقة بالحائث المشترك وبالمطلات والمسبل وبحق المرور ومن ثم ينهدم هذا الرأي من أساسه ، وقد عدل عنه بعض من كانوا يقولون به (١) .

٤٣٤ - مسؤولية المالك قديم على نظرية التعسف في استعمال الحق :

وذهب فقهاء آخرون إلى أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة إنما ترجع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فالمالك الذي يباحق بجاره ضرراً غير مألوف يكون متعسفاً في استعمال حق ملكيته (٢) ، وخطأ هذا الرأي هو في أن التعسف في استعمال الحق صوراً محددة لا ينبغي أن يتعداها . فأول صورة للتعسف هي الصورة التي يعتمد فيها المالك الإضرار بجاره ، يضاف إليها صورتان أخريان هما رجحان مصلحة الجار رجحاناً كبيراً . (مما يتضمن قصد الإضرار) وقصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة .

(١) انظر كولان وكايتان ودو لامورانددير ١ ققرة ١٠٢٤ ص ٨٢٤ - وانظر في اقتضاد هذا الرأي أيضاً پلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٤٦٩ ص ٤٦١ - ص ٨٦٢ .
(٢) انظر في هذا المعنى كولان وكايتان ودو لامورانددير ققرة ١٠٢٥ ص ٨٢٥ .

حولا شيء من هذه الصور الثلاث يتحقق في حالة مضار الجوار غير المألوفة ،
فقد يلحق الجار بجاره ضرراً غير مألوف دون أن يعتمد الإضرار به ، ودون
أن يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، ودون أن يكون الجار مصلحة
ترجع رجحاناً كبيراً على مصلحة المالك فنحن إذن في نطاق آخر غير نطاق
التعسف في استعمال الحق . وقد سبق التمييز بين حالة مضار الجوار غير المألوفة
وحالة التعسف في استعمال الحق (١) .

٤٣٥ - **مسئولية المالك تقوم على نظرية تحمل التبعة** : وهناك من
الفقهاء من ذهب إلى أن مسؤولية المالك تقوم على نظرية تحمل التبعة ، فالمالك
قد الحق ، بنشاطه وهو يستعمل حق ملكيته ، ضرراً غير مألوف بالجوار ،
والمقروض أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه . فيبقى إذن أنه هو
الذي يتحمل تبعه نشاطه في استعماله لحق ملكيته ، إذ هو الذي يستفيد من هذا
الاستعمال ، وقد الحق بجاره ضرراً غير مألوف من جراء هذا النشاط غير
العادي ، فعليه الغرم كما كان له الغنم . وتقوم مسؤولية المالك إذن ، لا على
الخطأ ولا على التعسف في استعمال الحق ، بل على تحمل التبعة (٢) .

وهذا الرأي ، على وجاهته وعائلته ، يعسر الأخذ به في القانون الفرنسي
للمسئولية في هذا القانون يجب أن تقوم على الخطأ ، ثابتاً كان أو مفترضاً . أما
المسئولية التي تقوم على تحمل التبعة فلا بد فيها من نص قانوني ، والنص القانوني
خياً يتعلق بالمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة معطوم .

٤٣٦ - **مسئولية المالك تقوم على أنه انقضى استعماله من الملكية**

مستلزم التعويض : ومعنى ذلك أن المالك إذا استعمل حق ملكيته دون أن
يعتبر في استعماله ، ودون أن يحدث لجاره إضراراً مألوفاً من أضرار الجوار ،

(١) انظر آفاقرة ٤٢٧ - وانظر في انتقاد جبل أساس مسؤولية المالك التعسف في استعمال
حق الملكية : بلافول وديوير وبيكار ٣ ققرة ٤٧٠ - إسماعيل غانم ققرة ٦١ ص ٦٢١
حاشي ١ .

(٢) انظر في هذا المعنى جوسران في التعسف في استعمال الحق ص ٨٢ وتعليقه في فالغوز
١٩٢٣ - ٢ - ٥٣ - بلافول وديوير وبيكار ٣ ققرة ٤٧١ ص ٤٦٥ - وقرب ديوير في
تعليقه في فالغوز ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٥ .

فلا جناح عليه في ذلك ، ولا يستلزم عمله أن يعرض جاره من هذا الضرر للألوف . أما إذا خلا المالك في استعمال حق ملكيته ، واستعمل هذا الحق استعمالاً استثنائياً بحيث يلحق بجاره ضرراً غير مألوف ، فإن الطوف في استعمال حق الملكية يستلزم من المالك أن يعرض جاره من الضرر غير المألوف الذي يلحق الجار . وليس هناك خطأ في أن يستعمل المالك حق ملكيته استعمالاً استثنائياً ليحصل منه على أكبر فائدة ممكنة ، ولكنه في هذه الحالة يجب عليه أن يعرض الجار الذي أصابه هذا الاستعمال الاستثنائي بضرر غير مألوف . فعدم تعويض الجار ، لا الاستعمال الاستثنائي لحق الملكية ، هو الخطأ الذي يرتب مسؤولية المالك^(١) .

وهذا الرأي ، حتى يستقيم ، يجب معه أولاً إثبات أن استعمال حق الملكية استعمالاً استثنائياً يستلزم التعويض . فن أبن أتى هذا الالتزام^(٢) ، ولا يوجد نص قانوني يفرضه ، ولا هو مبني على الخطأ ، ولا على التصف في استعمال الحق ! وما دمت لا نستطيع أن نقول إن الاستعمال الاستثنائي لحق الملكية خطأ أو تصف ، فلا مناص من أن يوجد نص قانوني يفرض التزاماً قانونياً على المالك بأن يعرض الجار من الضرر غير المألوف ، أو يورد قيداً على حق الملكية هو ألا يلحق المالك بجاره ضرراً غير مألوف . ولما كان هذا النص القانوني غير موجود في التقنين المدني الفرنسي ، فيكون القضاء الفرنسي الذي يلزم المالك بتعويض الضرر غير المألوف هو الذي خلق هذا الالتزام ، وهو في خلقه إياه كان قضاءً يطرورياً لا يستند إلى القواعد العامة ولا إلى نص تشريعي^(٣) .

٤٣٧ — تأصيل مسؤولية المالك في المخاض المهرج : أما التقنين المدني

(١) انظر ديلانج وريور وبيكار ٣ بقرة ٤٧١ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥ - وانظر في الاحتمالات الاقتصادية التي تبرر التعويض عن الضرر غير المألوف كاربونيه ص ١٩٤ .

(٢) وإذا قلنا مع أصحاب هذا الرأي إنه أتى من عدم التعويض عن الضرر غير المألوف ، فإن ذلك منتهى أن هناك التزاماً بالتعويض عن الضرر غير المألوف . ولكن هذا الالتزام نفسه يقوم بحسب هذا الرأي على أساس الخطأ في عدم التعويض عن الضرر غير المألوف ، فمن إنذار ففور في حلقة مفرقة .

(٣) ويذهب كاربونيه إلى أن ألبداً الذي يعطى عليه هذا القضاء ، ليس هو التزام المالك بتعويض الجار عن الضرر غير المألوف ، بل هو التزام الجار بتحمل الضرر المألوف من المالك (كاربونيه ص ١٩٥) .

المصري فيختلف عن التقنين المدني الفرنسي في أن التقنين الأول فيه هذا النص الذي لا يوجد في التقنين الثاني . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٠٧ مدني مصري صراحة ، كما رأينا ، على ما يأتي : « على المالك ألا يفلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجاره . فأوجد النص بذلك في جانب المالك التزاما قانونيا هو عدم الفلو في استعمال حق الملكية ، أو هو أورد قيدها على حق الملكية هو ألا يفلو المالك في استعمال هذا الحق . ورتب التقنين المصري بعد ذلك النتيجة المنطقية على ما فرضه من التزام قانوني أو أوردته من قيد على حق الملكية ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « وإنما له (للجار) أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ... » . فالأمر إذن واضح في القانون المصري ، لا مجال فيه لاختلاف في الرأي على نحو الاختلاف الذي رأيناه في الفقه الفرنسي . يوجد نص صريح في التقنين المدني المصري يلزم المالك ألا يفلو في استعمال حقه ، أو يقيد حق الملكية بعدم تجاوز الفلو فيها . ويرتب النص على ذلك وجوب تعويض المالك جاره ، إذا لحق الجار من جراء استعمال المالك لحق ملكيته ضرر غير مألوف .

فإذا قلنا إن نص المادة ٨٠٧ مدني ينشئ التزاما قانونيا في جانب المالك بعدم إصابة الجار بضرر غير مألوف ، قامت مسؤولية المالك في هذا القول على إخلال المالك بهذا الالتزام القانوني ، فوجب عليه التعويض . ويكون المالك الذي ألحق بجاره ضرراً غير مألوف قد خرق التزامه القانوني ، فخالف القانون . ولكن هذه المخالفة القانونية ليست « خطأ » ، بالمعنى المعروف ، فإن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، وهنا لم ينحرف المالك عن هذا السلوك . فهو مسئول ، لا لأنه ارتكب خطأ ، بل لأنه يتحمل تبعه نشاطه ، فهو الذي يفيد من استعماله لملكه استعمالا استثنائيا ، فمن العدل أن يتحمل تبعه هذا الاستعمال ، والغرم بالغرم . وقد قلنا أن إقامة مسؤولية المالك في القانون الفرنسي على نظرية تحمل التبعة لا يستقيم لانعدام نص قانوني ينشئ هذه المسؤولية ، أما في القانون المصري فالأمر يختلف إذ أن هذا النص موجود . وإذا قلنا إن نص المادة ٨٠٧ مدني يورد قيدها على حق الملكية ، هو عدم الفلو في استعماله حتى لا يلحق الجار من جراء هذا الاستعمال ضرر غير مألوف ، فإن نطاق حق الملكية في القانون المصري ، بحكم هذا النص ، يضيّق عن الفلو

في استعمال هذا الحق . ومن ثم يكون المالك ، الذي خلا في استعمال حقه والحق بإيجاره ضرراً غير مألوف ، قد يخرج عن حدود حق الملكية . والخروج من حدود الحق خطأ بالمعنى المعروف ، إذ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، فتكون مسئولية المالك في هذا القول قائمة على الخطأ بمعناه المعروف (١)

§ ٣ - كيف يكون التعويض عن الضرر غير المألوف

٤٣٨ - التعويض المسمى والتعويض العيني : نطبق هنا القواعد العامة في التعويض ، فهو تارة يكون تعويضاً نقدياً ، وطوراً يكون تعويضاً عينياً . وللمحكمة أن تأمر بإزالة الضرر غير المألوف ، أو أن تقتصر على الحكم بتعويض نقدي إذا رأيت ما يبرر ذلك .

٤٣٩ - التعويض التقضي : يحكم القاضي بتعويض الجار تعويضاً نقدياً كاملاً عن الضرر غير المألوف الذي لحقه من استعمال المالك لحق ملكيته ، وذلك طبقاً للقواعد العامة ، فيعوض الجار عن الخسارة التي لحقت به وعن الكسب الذي فاته .

(١) وإلى هذا القول أشرفنا عند ما كتبنا في الجزء الأول من الوسيط : « ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدني الجديد رسمت حداً لحق الملكية ، فقضت ألا يفلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ، وأن الجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف . فالخروج عن هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجاً عن حدود الحق ، لا تسعفاً في استعماله » (الوسيط ١ طبة أول فقرة ٥٥١ ص ٨٣٢ حاشي ٤ - وطبة ثانية فقرة ٥٥١ ص ٩٤٤ حاشي ٣) .

وقد اختلف الفقهاء في مصر في تأصيل مسئولية المالك عن الضرر غير المألوف في القانون المسمى . فهم من يلعب إلى أن المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة ليست إلا مجرد تطبيق لفكرة التخصف في استعمال الحق (محمّد علي عرفة فقرة ١٩٢ - حسن كيرة فقرة ٩٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ ص ٦٣ - ص ٦٤) . ومنهم من يلعب إلى ما ذهبنا إليه من أن حق الملكية لهذه المادة ٨٠٧ مدني محدود يعتبر الخروج عليها خروجاً عن حدود هذا الحق كما رسمته هذه المادة ، ومن ثم يكون ذلك خطأ تقصيرياً (شفيق شحاتة فقرة ٦٨ ص ٨٦ - ص ٨٧ - عبد المنعم الجبرادوي فقرة ٨٣ ص ١٠٩ وفقرة ٨٤ ص ١١٢ - أحمد حشمت أبو سنيت في مصادر الالتزام فقرة ٤٢٩ - إسمايل غنم فقرة ٦١ ص ١٣١ - ص ١٣٢ - عبد المنعم فريج الصفحة فقرة ٥٨ ص ٩١) .

وقد يلوم الضرر زمنا معنا ، فيجوز للقاضي أن يحكم بتعويض نقدي عن كل وحدة من الزمن يلوم فيها الضرر ، عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أكثر من ذلك^(١) :

ويجوز أيضاً للقاضي أن يحكم بتعويض نقدي أو بتعويض عيني (لإزالة الضرر) ، ويجيز المالك بين تنفيذ أى من الخيارات يختاره^(٢) .

٤٤٠ — التعويض العيني : وإذا كان التعويض العيني ممكناً ، جاز للقاضي أن يحكم به ، فإذا كان الضرر ناجماً مثلاً عن إقامة المالك لحائط ، جاز الحكم بهدم هذا الحائط . ويجوز كذلك الحكم باتخاذ تدابير معينة أو القيام بأعمال معينة من شأنها أن تمنع الضرر في المستقبل^(٣) ، مع الحكم بتعويض نقدي عن الضرر الذي حدث في الماضي .

وإذا رأى القاضي أن يحكم بالتعويض العيني وبإزالة الضرر غير المألوف ، جاز له أن يلجأ إلى الغرامة التهديدية ، فيقضى بغرامة مالية على المالك عن كل يوم أو عن كل وحدة أخرى من الزمن لا يقوم فيها بإزالة الضرر أو بالقيام بالأعمال المحددة في الحكم^(٤) .

(١) أوبري ورو ٢قرة ١٩٤ ص ٢٨٦ - بودري وشوفو ٢٢٣ - بلانيول وديير وبيكار ٣قرة ٤٧٣ ص ٤٦٧ . كاربونييه ص ١٩١ - ص ١٩٢ .
(٢) باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ٣٢ - بلانيول وديير وبيكار ٣قرة ٤٧٣ ص ٤٦٧ .

(٣) بودري وشوفو ٢قرة ٢٢٤ - وتنص المادة ٢/٢٠٣ مدني على ما يأتي : « على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يسلق بالدين ضرراً جسيماً » . ويقاس التعويض العيني على التنفيذ العيني ، ومن ثم فلا يجوز الحكم بهدم مصنع مثلاً لتجنب إلحاق الضرر غير المألوف لثانیه منه . ويمكن بتعويض نقد ، محسوب إذا أمكن باتخاذ التدابير الممكنة لإنقاص الضرر إلى أقل حد مستطاع . انظر في هذا المعنى مازو ١٣٤٥ - إسمايل غانم ٦٣ ص ١٣٦ - حسن كيرة ٢قرة ١٠٠ ص ٢٢٣ هامش ٢ - عبد المنعم فريج الصدة ٦١ ص ٩٦ - منصور مصطفى منصور ٢قرة ٢٤ ص ٦١ . ومن التدابير التي يمكن اتخاذها لصد من الضرر في المستقبل الأمر مثلاً بتعديل طريقة الاستغلال ، أو تحديده بمنع الاستغلال في الليل مثلاً ، أو تغيير موضع منحل لخلخال التحل ، أو وقف جزء من العمل أو نحو ذلك (باريس ٢٩ مارس سنة ١٨٧٩ سيدي ٧٩ - ٢ - ٢٦٩ - موليه ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ٣٢ - ٥٦٦ - حسن كيرة ٢قرة ١٠٠ ص ٢٢٢) .

(٤) نقض فرنسي ٧ نوفمبر سنة ١٨٧٦ سيدي ٧٧ - ١ - ٨ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ =

وفي فرنسا ، حيث لا يوجد نص يقابل نص المادة ٨٠٧ مدني مصري ،
برد قيد على التعويض العيني ، هو أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بإغلاق محل
معلق للراحة حاصل على رخصة إدارية . فإن الرخصة الإدارية هي أمر
إداري صدر بالسماح للمحل بالعمل ، والحكم بإغلاق المحل يتعارض مع الأمر
الإداري ، وليس للقضاء العادي أن يلغي أو يعدل أمراً صادراً من جهة
الإدارة ، وفي هذه الحالة يقتصر على الحكم بالتعويض التقديري^(١) . أما في مصر
فنص المادة ٢/٨٠٧ مدني صريح في أن طلب إزالة الضرر غير المألوف حق
التجار ، وأنه لا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال
هذا الحق . فيجوز إذن أن يطالب التجار بالتعويض العيني وبإزالة الضرر
غير المألوف بالرغم من وجود ترخيص إداري^(٢) .

الفرع الثاني

القيود التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار

المبحث الأول

الرى والصرف

٤٤١ - شرب والجرى والسيل : القيود التي تتعلق بالرى والصرف

- = دالوز ١-١٩٠٥ - ١٧٥ - باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ٣٢ -
٢٤ مارس سنة ١٩٣٦ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ - ١ - ٧٥٧ - پلانيول وريير وبيكار ٢
فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٦ .
(١) نقض فرنسي ١٩ مايو سنة ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٨ - ١ - ٤٨٦ - ١١ يونيو سنة ١٨٧٧
سيرييه ٧٨ - ١ - ٢٠٩ - ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ دالوز ١٨٨٤ - ١ - ٤٧١ - ١٩ يناير
سنة ١٩٦١ Bull. civ. ١٩٦١ - ٢ - فقرة ٥٨ - ٤١ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٤ -
بردي وشوفو فقرة ٢٢٥ - پلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٦ - كولان وكايتان
ودي لاموراندوير ١ فقرة ١٠٢٦ ص ٨٢٧ - مازو فقرة ١٣٤٥ .
(٢) انظر في هذا المعنى تحقيق شحاته فقرة ٦٨ ص ٨٨ حاشي ٢ - حسن كبيرة فقرة ١٠٠
ص ٢٣١ - ٢٣٢ - اسماجيل غانم فقرة ٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٣ - منصور
مصطفى منصور فقرة ٢٤ ص ٦١ - ٦٢ - عبد المنعم البدرلوى فقرة ٨٩ .

هى ما يقرره القانون للملاك المجاورين على جيرانهم من حقوق فى الشرب (irrigation) والمجرى (acqueduc) والمسيل (écoulement) .
والأصل أن يكون رى الأراضى الزراعية من مياه النيل ومن مياه الترعة العامة (١)، وأن يكون صرف المياه بعد الرى فى المصارف العامة وفى البحيرات .

و انظر عكس ذلك وأنه لا يجوز التمييز بين من يكتسب بالتبويض التبدل إذا وجد ترخيص إدارى : محمد على حرقه ققرة ١٩٦ ص ٢٥٣ - محمد كامل مرسى ١ ققرة ٢٨٠ .

(١) وقد كان للمشروع التقييدى الملقى يتضمن نصاً فى هذا الخصوص (م ١١٧١ من المشروع) يجرى على الوجه الآتى : « يكون الحق فى استعمال مياه الترعة العامة بنسبة مساحة الأراضى التى تروى منها ، مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بذلك » (انظر أيضاً م ٢/٣١ من التقييد الملقى السابق) . وورد فى المذكرة الإيضاحية فى شأن هذا النص : « وقد قسم المشروع فى حق لشرب الترعة إلى قسمين : (أ) ترعة عامة مملوكة للدولة ، وهذه يكون الحق فى استعمالها بنسبة مساحة الأراضى التى تروى منها ، مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بذلك . وأهم هذه اللوائح هى لائحة الترعة والجسور التى يتضمنها الأملال الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ ، وهذه يبنى معمولاً بها منفصلة عن التقييد الملقى ، ويقتصر هذا التقييد على المبادئ الأساسية فى الرى التى يندر أن تتغير » (مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ٤٤) . وحللت لجنة المراجعة هذه المادة « لأنها تشمل حكماً تفصيلياً يمكن الاستغناء عنه » (مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ٣٠ فى الحامش) .

ولائحة الترعة والجسور الصادرة فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ والمشار إليها ألقا فى المذكرة الإيضاحية قد أُلغيت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ (المعدل بالقوانين ٢٩ و ٢٨ لسنة ١٩٥٦ و ١١٦ لسنة ١٩٥٩) بشأن الرى والصرف ، وحل هذا القانون محل لائحة الترعة والجسور ، وسنشير إلى بعض نصوصه الهامة فى الموضع المناسب . وقد ورد فى مذكرته الإيضاحية « لما كانت المملكة المصرية بلداً زراعياً بطبيعتها ، وجب أن يعطى نظاماً فيه أكبر قسط من العناية لما فى ذلك من أثر بالغ فى تربة الأرض ، أصليها المختلفة . ونظراً لأن لنيل والترعة الهامة والمصارف العامة هى عماد الرى فى مصر وتدخل جميعها فى الأملاك العامة ، فقد كان جديراً بالتشريع الإدارى المصرى أن يعنى بتنظيم استعمال الكافة لطرق الرى والصرف استعمالاً يتجلى فيه العدل والعتصان به المصلحة العامة . وقد مضت حقبة طويلة على تشريعات لاى والصرف القائمة ، أظهر العمل ما فيها من نقص يجب تداركه على ضوء التطورات التى استحدثت فى نظام الرى . وقد وضع المشروع لئلا تحقيقاً لهذه الغاية ، إذ يجمع شتات التشريعات الخاصة بالرى والصرف فى قانون واحد يكفل تنظيم استعمالها على وجه أقوى مما هو عليه الآن ، كما يتناول الشروط اللازمة لإقامة الآلات الرافعة ورى الأراضى الشرقى والتدابير التى تتخذ لمنع أخطار الفيضان وغير ذلك من الشؤون المتعلقة بالرى ... وقد شمل للمشروع ستة أبواب . يخصص الباب الأول لبيان الأملاك العامة الخاصة ذات الصلة بالرى والصرف . وتتناول الباب الثانى الأحكام الخاصة بتوزيع المياه ، سواء

ولكن يجوز مع ذلك أن ترد قيود على الملكية الخاصة للأرض الزراعية لمصلحة الأراضي الزراعية المجاورة . تتعلق بالرى من حق فى الشرب أو فى الجرى ، أو تتعلق بالصرف من حق فى المسيل .

وتعرف المذكورة الإيضاحية للمشروع التهيدى الشرب فتقول : « القاعدة أن من أنشأ مسقاة على نفقته الخاصة طبقاً للوائح المتعلقة بذلك كان مالكا لها . وكان له وحده حق استعمالها . على أنه إذا استوى حاجته منها وبقي بعد ذلك من الماء ما يحتاج إليه أراضى الملاك المجاورين ، فلهؤلاء أن يأخذوا ما هم فى حاجة إليه . على أن يشركوا فى نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنفع منها . وبين من ذلك أن ملكية المياه الفائضة عن الحاجة تنزع من مالكيها لا لمصلحة عامة بل لمصلحة خاصة ، ويدفع للمالك التعويض المناسب عن ذلك ، وهذا قيد على حق الملكية يحظر بقدر ما هو عادى . ويلاحظ أن مالك المسقاة مفضل على الجيران ، فهو الذى يستوفى حاجته من المياه أولا ، ويأتى الجيران بعد ذلك ، فإذا تراجوا قدم من كانت حاجته أشد ، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة » (١) .

« أكان ذلك عن طريق تأخذ المياه أم بالآلات الرافعة . ولما كان دفع أعطار الفيضان ذا صلة بالرى ، فضلا عما ينطوى عليه من حفظ الأرواح والأموال من الفرق ، لذلك لم يفعل المشروع تنظيم الإجراءات التى تتبع لدفع هذه الأعطار ، فتخصص لها الباب الثالث الذى تضمن أيضاً الأحكام الخاصة بتعطيل الملاحة وارتطام السفن إذ أنها تموقع صير المياه . ثم خصص الباب الرابع لترخيص فى رسو التجهيزات والمعدات ووضع المعايير وشحن المراكب وتفريغها ، والباب الخامس للعقوبات وإثبات الجرائم . والباب السادس للأحكام العامة والختامية » .

وهناك مشروع جديد أعد ليحل محل قانون الرى والصرف الحالى (قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣) ، ولا يزال حتى اليوم مشروعا ولم يسن قانونا . ومن أهم ما استحدثه هذا المشروع من التعديلات : (١) تخويل مفتش الرى سلطة إصدار قرار مؤقت بتسكين صاحب الشأن من حقه فى الانتفاع بمسقاة أو مصرف فى أرض الغير ، أو من حقه فى دخول هذه الأرض لإجراء ما قد يلزم من ترميم وتطوير . (٢) تنسيق الحكم الخاص بالتعويض مع الحكم المقابل فى الفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ مدنى ، فنص على أن يشمل التعويض نفقات إنشاء المسقاة أو مصرف بنسبة مساحة الأرض التى تنتفع من أياها . (٣) اعتبار الكبارى الخاصة التى تنشأ فى قعره عامة أو مصرف عام من الأملاك العامة بمجرد إنشائها ، فىبقى منشؤها من أعباء صيانتها . (٤) النهى عن سفر الآبار الأوتوازية قبل الحصول على ترخيص من وزارة الرى . (٥) إسناد رماية لجنة الفصل فى الجرائم إلى قاضى توفيرك لضمانات الأفراد ، وإجازة الطعن فى قرار لجنة تقدير التعويض أمام المحكمة الابتدائية .

وتقول المذكرة الإيضاحية عن المجرى : « أما حق المجرى فقد أعطاه المشروع للمالك الأرض البعيدة عن مأخذ المياه ، فتمر من أرض الجار المياه الكافية لرى أرضه . وهي مياه يأخذها من ترعة عامة ، أو من ترعة خاصة مملوكة له : أو من ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب في تعويض عادل » (١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية عن المسيل : « بقي حق المسيل . وقد أعطاه المشروع للمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام ، فيكون له الحق في أن يستعمل المصرف الخاص للملوك لجاره بعد أن يستوفي الجار حاجته ، أو في أن ينشئ مصرفا خاصا على نفقته في أرض الجار ليصل إلى المصرف العام . وفي الحالة الأولى يشترك مالك الأرض في نفقة المصرف الخاص الذي أنشأه الجار وفي صيانته ، وفي الحالة الثانية يعطى الجار مقدما للتعويض العادل عما اقتطعه من أرضه لإنشاء المصرف » (٢) .

والآن وقد عرفنا إجمالاً ما هي القيود المتعلقة بالشرب والمجرى والمسيل ، نفصل ما أجلناه فنتكلم : (أولاً) في الشرب . (ثانياً) في المجرى والمسيل .

١٤ - الشرب

٤٤٢ - **فصل قانوني :** تنص المادة ٨٠٨ مدني على ما يأتي :

١ - من أنشأ مسقاة أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها .

٢ - ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف ، فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها . وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما ، بنسبة مساحة أراضيهم التي تنفع منهما » (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٤٤ .

(٢) حجة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٤٤ - ٤٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٧٢ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التتبعين المدق الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٧ في المشروع -

ويقابل النص في التفتين المدني السابق المادة ٥٣/٣٢^(١)
 ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : لا مقابل في التفتين المدني
 السوري - وفي التفتين المدني الليبي م ٨١٧ - وفي التفتين المدني العراقي المواد
 ١٠٥٥ - ١٠٥٧ - ولا مقابل في قانون الملكية العقارية اللبناني^(٢).

== التالى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٦ ، ثم لس الشيوع تحت رقم ٨٠٨ (مجموعة
 الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤ - ص ٣٧) .

(١) التفتين المدني السابق م ٥٣/٣٢ : من أنشأ ترعة ، فله الحق في الانتفاع دون غيره
 بماثا أو يمه . (وهذا النص يخالف نص التفتين المدني الجديد في أنه لا يحمل الجار الحصول على
 حق الشراب من ترعة جاره الخاصة إلا برضاه ، دون جبر عليه في ذلك . ولكن المادة ٨ من لائحة
 الترع والجسور التي صدرت في سنة ١٨٩٤ ، أ بعد صدور التفتين المدني السابق ، أعطت الجار
 أن يحصل على حق الشراب من ترعة جاره الخاصة بنفس الشروط المقررة في التفتين المدني الجديد) .
 (٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري لا مقابل (وانظر فيما يتعلق بإستناد الإنشاءات الفنية على ضفة البحر
 المقابلة للمادتين ٩٨٢ - ٩٨٣) .

التفتين المدني الليبي م ٨١٧ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ١٠٥٥ : لكل شخص أن يسق أرضه من مياه الأنهر والترع العامة ،
 وله أن يشق جدولاً لأخذ هذه المياه إلى أرضه ، وذلك كله وفقاً للقوانين والأنظمة المتعلقة بذلك .
 م ١٠٥٦ : من أنشأ سقاة أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها ، كان له
 وحده حق استعمالها .

م ١٠٥٧ : ١ - حريم الآبار والينابيع والترع الخاصة والمساق والتنوات والمصارف ملك
 أصحابها ، ولا يجوز لغيرهم أن يتصرف فيها بوجه من الوجوه . فن حفر بئر أو حريم بئر
 عموك لشخص آخر أجبر على ردمه ، ولكن إذا حفر البئر خارج هذا الحريم فلا يجبر على الردم
 حتى لو أغل بئر ماء البئر الأول

٢ - ولا حريم لبئر حفره شخص في ملكه ، وجاره أن يحفر هو أيضاً بئر أو في ملك نفسه حتى
 لو جذب ماء البئر الأول .

(والتفتين العراقي يختلف عن التفتين المصري في أنه لا يحمل الجار حق الحصول على الشراب
 من سقاة جاره إلا باتفاق معه) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل (وانظر فيما يتعلق بإستناد الإنشاءات الفنية على ضفة
 البحرى المقابلة للمادتين ٧٩ و ٨٠ - وانظر في جله المسألة في القانون اللبناني حسن كيرة دروس
 في الحقوق المدنية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات بالالة الكتانية سنة ١٩٦٥
 ص ١٢٩ - ص ١٣٠ - وانظر بوجه عام في القيود المنطقية بالمياه في القانون اللبناني حسن
 كيرة المرجع المشار إليه ص ١٢٥ - ص ١٣٨) .

ويلاحظ أن النص سالف الذكر لا يقتصر على حق الشرب ، بل هو يشمل إلى جانب حق الشرب حق المسيل (الصرف) في إحدى صورتيه . فقد تقدم أن حق المسيل إما أن يباشر في المصرف الخاص للملك للجار بعد أن يستوفى هذا حاجته منه وهذه هي الصورة التي يعرض لها النص ، أو من طريق إنشاء مصرف خاص في أرض الجار لتصل مياه الصرف بواسطته إلى المصرف العام وهذه صورة أخرى لا يعرض لها النص ويعرض لها نص آخر . وحتى لا يتجزأ حق المسيل ، تقتصر في معرض النص الذي نحن بصدده على حق الشرب دون حق المسيل ، وتسبق صورة حق المسيل التي عرض لها النص لتنضم إلى الصورة الأخرى ، وبذلك نبحت حق المسيل في كل من صورتيه في مكان واحد .

٤٤٣ - شروط الحصول على حق الشرب (تغليب مصلحة خاصة

راجع على مصلحة خاصة مرجومة) : تلخص شروط الحصول على حق الشرب في أن يكون المالك مسقاة خاصة ، استوفى منها حاجته ، وله جار ، هو أيضاً في حاجة إلى رى أرضه . فعندئذ يجوز للجار أن يحصل على حق الشرب من المياه الفائضة في هذه المسقاة . على أن يدفع لملك المسقاة مقابل لما انتفع به من مائها سيأتي بيانه . ولم يكن التقنين الملئ السابق يجعل للجار حق الشرب على النحو المتقدم بيانه : إذ كانت المادة ٥٣/٣٢ من هذا التقنين تنص ، كما رأينا ، على أن « من أنشأ ترعة ، فله الحق في الانتفاع دون غيره بمائها أو ببيعها »^(١) . ولكن لأئحة الترع والجسور التي صدرت في سنة ١٨٩٤ أعطت ، في المادة ٨ منها ، للجار أن يحصل على حق الشرب من ترعة جاره الخاصة بنفس الشروط التي تقررت فيما بعد في التقنين الملئ الجديد^(٢) .

وإعطاء الجار حق الشرب على هذا النحو فيه تغليب مصلحة خاصة راجحة على مصلحة خاصة مرجومة . فإلك المسقاة مصلحة في أن يحفظ بحق ملكيته كاملاً دون شريك له في مسقاته ، حتى لو قاضت فيها مياه يرى أن يستأثر بها ولا يعطيها لجاره . ولكن هذه المصلحة مصلحة ضعيفة مرجومة ، تنطوي على أنانية لا مبرر لها . ويتغلب على هذه المصلحة المرجومة مصلحة راجحة

(١) انظر آئفاً فقرة ٤٤٢ في الماش .

(٢) انظر آئفاً فقرة ٤٤٢ في الماش .

للجار في أن يحصل على حق الشرب من المياه الفائضة في المسقاة وهو في حاجة إليها ، في حين أن المالك قد استوفى حاجته . على أن يعرض الجار المالك فيما أخذ من مائه .

فالشروط إذن للحصول على حق الشرب أربعة : (١) للمالك مسقاة خاصة . (٢) استوفى منها حاجته . (٣) وله جار . (٤) هو في حاجة إلى رى أرضه .

٤٤٤ — الشرط الأول — للمالك مسقاة خاصة : يجب هنا التمييز بين التربة العامة والمسقاة الخاصة .

فالتربة العامة . كما تنص المادة ٢ من قانون الرى والصرف ، هي « كل مجرى معد الرى تكون الدولة قاعته بنفقات صيانته يوم العمل بهذا القانون ، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال العمومية أو فروعها . وكذلك المجارى التى تنشئها وزارة الأشغال العمومية بوصفها ترعا عامة وتدرجها في سجلاتها بهذا الوصف » . فالترع التى أنشأتها الحكومة أو تنشئها . لرى الأراضى الزراعية ، وتقوم بنفقات صيانتها . وتدرجها بسجلاتها ، تعتبر ترعا عامة . و « يجوز ، كما تنص المادة ٤ من قانون الرى والصرف . بقرار من وزير الأشغال العمومية (وزير الرى) أن تعتبر أية مسقاة أو مصرف خاص ترعة عامة أو مصرفا عاما ، إذا كانت هذه المسقاة متصلة مباشرة بالنيل أو بترعة عامة تستمد المياه من أيهما ، أو إذا كان المصرف الخاص متصلا مباشرة بالنيل أو بمصرف عام أو ببحيرة ويصب في أى منها . ولا تدفع الحكومة أية تعويضات عن الأرض المشغولة بالمسقاة أو المصرف قبل اعتباره عاما^(١) . ولوزارة الرى الهيمنة على توزيع مياه الرى بالمجارى العامة على اختلاف

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن اتصاف ترعة بأنها عمومية أو غير عمومية أمر قانوني تبيته لائحة الترع والبحرور ، فن واجب المحكمة إذن أن تراعى في قضائها ما جاءت به تلك اللائحة في هذا الصدد . لذا هي لم تفعل ، واعتدت فقط في قيام صفة التربة على تقرير المدير المؤسس على تطبيق خريطة تلك التزام الرسوم عليها ما يفيد أن التربة بحسبها عمومية ، كان حكمها متينا فقصه (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ حوطة عمر ٢ رقم ١١٢ ص ٣٩٩ — وانظر أيضا : نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ حوطة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٢ ص ٤٢٣) .

أنواعها ، وتوزيع مياه كل مجرى عام على المآخذ الخاصة التي تتغذى منه . ولما إدخال ما ترى إدخاله من التفتيش والتعديل في نظام الري والصرف ، وتطهير ما ترى ضرورة تطهيره من الترع والمصارف العامة في الأوقات ، وبالكيفية التي تراها (م ٣١ رى وصرف)^(١) . ولا يجوز إنشاء مآخذ المياه في جسور النيل أو جسور الترع العامة قبل الحصول على ترخيص بذلك من وزارة الري ، ويكون إجراء جميع الأعمال الواقعة تحت جسور النيل بواسطة وزارة الري وعلى نفقة الطالب (م ٣٦ رى وصرف)^(٢) .

(١) والحكومة مسئولة عن ضمان وصول المياه للأراضي وتوزيعها توزيعاً عادلاً ، فإذا ثبت خطأ ما لما في تحقيق ذلك أمكن الرجوع عليها بالتصويص (بحكمة الاستئناف ١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٣ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة ٧ ص ٨٧٧ - ١٤ يناير سنة ١٩١٨ المجموعة ٩ ص ٣٦٨ - استئناف يخط ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٥) - وقد أصبح بموجب لائحة الترع والجسور ثم بموجب قانون الري والصرف ، أخذ الأتربة من الأراضي للأعمال اللازمة لوقاية الجسور ، وإثراء ناتج تطهير الترع والمصارف العامة في الأراضي الزراعية ، كلا الأمرين في مقابل تمويص عادل (م ٦ رى وصرف) . وأصبحت كذلك المعاونة السنوية من الأقال في دفع أخطار الفيضان في مقابل أجور مناسبة تعطى للمكلفين بالمعاونة (م ٥٧ ر وصرف) .

(٢) وتنص المادة ٣٣ من قانون الري والصرف على أن « يبين وزير الأشغال العمومية (وزير الري) المناوبات على اختلاف أنواعها وتواريخ البدء الشتوية ، وتطبق هذه المراسم بالجريدة الرسمية ، وتنتشر على الأقال بالطرق الإدارية . ويجوز لمفتش الري في أي وقت أن يأمر ، ولو خلال أدوار المائلة ، بمنع أخذ المياه من ترعة أو من مجموعة من الترع العامة ، وذلك لضمان توزيع المياه توزيعاً عادلاً ، أو لمنع إعطاء الأراضي مياهاً أكثر من حاجتها . وهذا ولا يجوز للمعونة أن تنصف في استعمال سلطتها هذه . وإلا كانت مسئلة نحن من أحاق به ضرر من جراء تصرفها (بحكمة الاستئناف ١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٣) .

وتنص المادة ٣٧ من نفس القانون على أنه « إذا تبين لتفتيش الري أن تصرف مآخذ المياه المملوكة للأفراد والموجودة في جسر أحد الترع العامة والمعدة للري ، يزيد أو ينقص عن حاجة الأرض المخصصة لها ، بسبب زيادة عددها أو نقصه أو اتساعها أو اتساع مستور قريتها أو اختفائها ، لتفتيش الري ، بعد التعرف على وجهات نظر أصحاب تلك الأراضي في جلسة يحددها ، أن يقوم بإلزام عدد المآخذ أو زيادته أو توسيعها أو تضيقها أو رفع مستور قريتها أو خفضه بما يحقق التوازن ، وذلك على نفقة الحكومة ... أما إذا طلب المالك من تفتيش الري إجراء تعديلات فائقة ، جاز لتفتيش أن يقوم بذلك على نفقة الطالب » .

وتنص المادة ٤٠ بأنه إذا تبين لتفتيش الري أنه يوجد أكثر من طريق لري الأرض ، جاز له أن يأمر بإلزام ما يراه زائداً من المآخذ على الحاجة ، ويكون هذا الإبطال على نفقة الحكومة . وتنص المادة ٤١ بأنه إذا اتخذت الوسائل لتوصيل المياه من النيل أو من إحدى الترع العامة للأراضي ترو من أحد مآخذ المياه ، جاز لتفتيش الري إبطال المآخذ وإلزامه على نفقة الحكومة .

أما المسقة الخاصة فهي مجرى ماء معد للرى ، ينشئه المالك فى أرضه لريها .
وتنص المادة ١/٨٠٨ من كبداء عام ، كما رأينا ، بأن من أنشأ مسقة خاصة ،
طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها . وصاحب الأرض
المتنوع بالمسقة الخاصة مكلف ، على نفقته ، بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها
فى حالة جيدة (م ١١ رى وصرف) (١) .

٤٤٥ - الشرط الثانى - استوفى المالك حاجته من المسقة : ولما كان
المالك هو الذى أنشأ المسقة الخاصة على نفقته ، أو كسبها بسبب آخر من أسباب
كسب الملكية ، وهو الذى يقوم بتطهيرها وصيانتها ، فإن له الأولوية فى رى
أرضه منها ، إذ هى ملكه ، والمالك أحق بما ملك .

وله أن يستوفى حاجته كاملة من المسقة ، فى رى أرضه منها ريا كافيا .
وإذا كانت عنده وسائل أخرى ممكنة للرى ، كأن كان بإمكانه حفر بئر أو توائية ،
أو الحصول على حق مجرى قريب من النيل أو من ترعة عامة ، لم يكلفه الاتجاه
إلى هذه الوسائل مادامت عنده مسقة خاصة تكفيه لرى أرضه . فإذا روى

(١) فإن هو قصر ، جاز للفتيش لرى تطهيرها على نفقته (م ١٢ رى وصرف) ، أو
إذا منع بغير حق من الانتفاع بمسقته وكان سائرا غامضا سعة ، صدر من مفتش لرى قرار موقت
بتسكينه من استعمال حق (م ١٥ رى وصرف) . وتنص المادة ١٤ من قانون لرى والصرف على أن
« تعتبر الأراضي التى تمر فيها مسقة أو مصرف خاص عملة بحق ارتفاق لصالح الأراضي الأخرى
التي تنتفع بتلك المسقة أو بذلك المصرف ، ما لم يقر دليل على خلاف ذلك » . وتنص المادة ٢١
من نفس القانون على أنه « إذا رأى مفتش لرى ، بناء على تقرير الباشيندس أو شكوى من ذوى
الشأن ، أن أحد المصارف أو المساق الخاصة أصبح عديم الفائدة أو مضرأ وأمكن الاستغناء عنه
لوجود طريق آخر للرى أو مصرف ، جاز له أن يصدر قرارا بصد أو إبطال تلك المسقة أو
المصرف ، أو منع القرار إذا لم يمكن الاستغناء عن المسقة أو المصرف ، وإلزام صاحبها بتنظيف
القرار فى موعده معين ، وإلا جاز للفتيش إجراء ذلك على نفقته » .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد استند فى اعتباره المسقة محل الدعوى مسقة
خاصة إلى أدلة مؤيدة إلى ذلك ، فإنه لا يبيح كونه لم يرد على ما تمسك به المقاتلون بأنها ترعة
عمومية مع أنها تاجية فى غرض المساحة ، أو أنها تروى الخواص لأشخاص آخرين ومقام عليها كوبرى ،
إذ أن رد إثبات المسقة فى غرض المساحة لا يصح دليلا على أنها مسقة عمومية ، كما أن انتفاع
ملاك آخرين بها بالرى منها أو إقامة وزارة الأشغال كوبريا عليها - ذلك لا يمنع كونها مسقة
خاصة عملة بحق ارتفاق لغير أول الصلحة العامة (نقض حق ، ٩ مارس سنة ١٩٥٠ بموجبة
المكتب لطفى فى جنة وعشرين عاما جزء أول ص ٢٩٩) .

أرضه بأكملها ربا كافيا من هذه المسقا ، وفاضت مياه بعد ذلك ، فيحفظ
يكون لجاره الحصول على حق الشرب من هذه المياه الفائضة .

٤٤٦ - الشرط الثالث - للمالك جار هو الذي له حق الشرب :
ويجب أن يكون من يطلب حق الشرب من المياه الفائضة في المسقا جارا للمالك
صاحب المسقا . والجوار هنا له صور ثلاث ، تدخل كلها في المعنى المقصود
بالجوار :

أولا - أن تكون أرض الجار ملاصقة لضفة المسقا ، فتكون المسقا في
هذه الصورة حدا فاصلا ما بين أرض الجار وأرض المالك . وقد انعقد الإجماع
على أن للجار في هذه الصورة أن يطلب حق الشرب ، إذ هو جار ملاصق
للمسقا ذاتها .

ثانيا - أن تكون أرض الجار فاصلا بين أرض المالك وبين مأخذ مياه
المسقا ، فتعبر مياه المسقا في هذه الصورة أرض الجار في جري يحصل عليه
المالك ، حتى تصل مياه المسقا إلى أرض المالك ، وفي هذه الصورة لا شك
أيضا في أن أرض الجار تعتبر ملاصقة للمسقا ، بحكم مرور مياه المسقا فيها ،
فيكون للجار أن يحصل على حق الشرب من المسقا .

ثالثا - أن تكون المسقا داخل أرض المالك ، غير ملاصقة لأرض الجار ،
فلا هي تقع في حدود هذه الأرض ، ولا هي تعبرها حتى تصل إلى أرض
المالك . وفي هذه الصورة الأخيرة لا تكون أرض الجار ملاصقة للمسقا ذاتها ،
ولكنها ملاصقة لأرض المالك التي أنشئت في داخلها المسقا . وهذه الصورة
وحدها هي محل الخلاف ، دون الصورتين الأولىين . فبعض يذهب إلى أنه
لا يكون للجار فيها أن يحصل على حق الشرب ، إذ يشترط للحصول على هذا
الحق الجوار للمسقا ذاتها ، ولا يكفي مجرد الجوار للأرض التي أنشئت فيها
المسقا^(١) . وبعض آخر يذهب إلى أنه يكفي الجوار للأرض التي أنشئت فيها

(١) انظر في هذا المعنى محمد كامل مرسي ، ١ قمر ٢٩٢ - محمد علي عرفة قمر : ٢٠٨ .

شبرون بحث في نظام الر في القانون المصري مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٦٤ - حسن كيرة
قمر ٦٢ ص ٢٠٦ - ويستند الأستاذ محمد علي عرفة إلى المادة ١٢ من قانون الري والصرف ،
وهذا النص لا شأن له بهذه المسألة ، فهو إنما يعرض للأرض الواقعة على جانبي مسقا أو مصرف -

المسقة . ولا ضرورة لأن تكون المسقة نفسها ملاصقة لأرض الجار . وهذا هو
الرأى الذى تأخذ به ، لأن عبارة « الملاك المجاورين » التى وردت فى نص
المادة ٢/٨٠٨ ملئى جاءت مطلقة لا تميز بين جار ملاصق للمسقة وجار ملاصق
للأرض التى فيها المسقة ، فكلاهما « جار » فى معنى النص . ولأن الحكمة فى
الحالتين متوافرة ، فالجار فى حالة ملاصقته للمسقة وفى حالة ملاصقته للأرض
التى فيها المسقة فى حاجة إلى رى أرضه ، وماء المسقة يفيض عن حاجة مالكها ،
فواجب التضامن الاجتماعى يقضى فى الحالتين بأن يكون للجار الحصول على
حق الشرب^(١) . ولا شك فى أن الجار . فى هذه الصورة الأخيرة ، لا يكتفى
بالحصول على حق الشرب . بل هو فى حاجة أيضاً إلى حق المجرى ، إذ يجب
أن تعبر مياه المسقة غير الملاصقة لأرضه جزءاً من أرض المالك حتى تصل
إلى أرض الجار . ومن ثم يكون للجار أن يحصل أيضاً ، إلى جانب حق الشرب ،
على حق المجرى فى أرض المالك . وشرط حق المجرى هنا متوافر إذ الجار فى
حاجة إلى المياه لرى أرضه . فيأخذ هامن المسقة عن طريق الحصول على حق
المجرى فى أرض المالك .

وقد يتعدد الملاك المجاورون ، بعض مجاور المسقة ذاتها وبعض مجاور
الأرض التى فيها المسقة ، أو كلهم مجاورون المسقة ذاتها ، أو كلهم مجاورون
الأرض التى فيها المسقة . وفى جميع هذه الأحوال ، لا تكون مجاورة المسقة
ذاتها سبباً لتفضيل جار على جار آخر . بل العبرة بالحاجة إلى المياه الفائضة .
فمن كان من هؤلاء الجيران أشد حاجة من الآخرين إلى هذه المياه قدم على
الآخرين . واستوفى حاجته منها قبل غيره . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع
التقديدى فى هذا المعنى كما رأينا : « ويلاحظ أن مالك المسقة مفضل على الجيران ،
فهو الذى يستوفى حاجته من المياه أولاً ، ويأتى الجيران بعد ذلك ، فإذا تراحموا

« خاص ، وتكون مملوكة للملاك متعددين ، فيعتبر « بالنسبة إلى أعمال التطهير والصيانة مجرى المسقة
أو المصرف حداً فاصلاً بين أملاكهم ، ما لم يثبت خلاف ذلك » .

(١) انظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٣٧١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٥٤
ص ٣٩٧ - إسحاق غانم فقرة ٥١ ص ١٠٩ - عبد المنعم فريج المدة فقرة ٦٦ ص ١٠٢ -

منصور منصور فقرة ٢٧ ص ٦٦

تقدم من كانت حاجته أشد ، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة^(١) .
والجهة الإدارية المختصة هنا هي تفتيش الرى .

٤٤٧ — الشرط الرابع. — الجار في حاجة إلى رى أرضه : ويشترط أخيراً ، حتى يحصل الجار على حق الشرب ، أن يكون في حاجة إلى رى أرضه ريا كافياً . فإذا لم يكن عنده مورد من الماء أصلاً لرى أرضه ، قامت به هذه الحاجة ، حتى لو كان يستطيع أن يسدها بالاتجاه إلى طرق أخرى كحفر بئر إرتوازية أو يجلب المياه من طريق مجرى يطلبه من جار آخر . فالقانون لا يفرض عليه أن يلجأ إلى طريقة دون أخرى ، ومادام في حاجة إلى رى أرضه ويستطيع أن يسد هذه الحاجة بالحصول على حق الشرب كان له ذلك . ويستطيع أيضاً أن يطلب حق الشرب : حتى لو كان عنده مورد آخر للمياه ولكنه غير كاف لرى أرضه بأكملها ، كسفارة صغيرة أو بئر إرتوازي . فالقانون يعطيه الحق في الشرب لرى أرضه « ريا كافياً » ، وتقول المادة ١٦ من قانون الرى والصرف في هذا الصدد : « إذا رأى أحد ملاك الأطنان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافياً ... إلا باستعمال مسقاة ... في أرض الغير .. » ، وكما قد يتعدد الملاك المحاورون ، قد يتعدد أيضاً الملاك الذين يملكون المساق الخاصة . فإذا كان الجار محاطاً بملاك متعددين كل منهم مملك مسقاة خاصة ، فالظاهر أن له أن يختار أياً من هؤلاء الملاك يطالبه بحق الشرب . وهو لا شك يحكم مصلحته في ذلك ، فيختار المالك الذى يكون الحصول على حق الشرب من مسقاته أسير من الملاك الآخرين . وليس له أن يتعنت ، فإذا عدل عن هذا المالك إلى مالك آخر يكون الحصول على حق الشرب من مسقاته أشد مشقة وأكثر كلفة دون مصلحة ظاهرة ، رده تفتيش الرى عن تعنته ، واختار له أياً من الملاك حق الشرب من عنده هو أسير .

٤٤٨ — ادعاءات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب —
التعريض الواجب دفعه : تنص المادة ١٦ من قانون الرى والصرف (المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦) على أنه « إذا رأى أحد ملاك الأطنان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافياً أو صرفها صرفاً كافياً إلا بإنشاء

(١) انظر أيضاً فقرة ٤٤١ .

مسافة أو مصرف في أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسافة أو مصرف موجود في أرض الغير ، وتعلم عليه التراضي مع أصحاب الأراضي ذوى الشأن أو وكلائهم الرسميين ، فيرفع شكواه لمفتش الرى لأمر بإجراء التحقيق فيها . وعلى المفتش أن يطلب جميع الخرائط والمستندات التى يستلزمها بحث الطالب ، فى مدة لا تجاوز أسبوعين من تاريخ وصول الطلب إليه . ويتولى الباشمهندس إجراء التحقيق فى موقع المسافة أو المصرف ، وعليه أن يعلن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول كل ذى شأن أو وكلاءهم الرسميين بالمكان والوقت اللذين يحددهما قبل الانتقال إلى الموقع المذكور بأربعة عشر يوماً على الأقل . وترفع نتيجة هذا التحقيق إلى المفتش ، الذى يصدر قراراً مسبباً بإجابة الطالب أو رفضه ، بعد استيفاء التحقيق إذا رأى ضرورة لذلك . ويجب أن يصدر القرار خلال شهرين من تاريخ استيفاء تلك الخرائط والمستندات ، ويعلن القرار المذكورة لكل ذى شأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول .. .

والنص سالف الذكر لا يتعلق فحسب بحق الشرب ، بل هو أيضاً كما نرى يتناول حق الهجرى وحق المسيل ، فإجراءات هذه الحقوق الثلاثة — الشرب ، والهجرى والمسيل — واحدة . ويلاحظ ، فيما يتعلق بحق الشرب ، أن النص لا يذكر حتى شرط الجوار ، فضلاً عن شرط ملاصقة أرض الجار لمسافة المالك ذاتها .

ويخلص من النص أن الجار ، إذا أراد الحصول على حق الشرب ، ولم يستطلع التراضي على ذلك مع مالك المسافة ، رفع طلبه إلى مفتش الرى وهذا يحيل الطالب إلى الباشمهندس لينقل إلى موقع النزاع ويعاين الأراضي المتجاورة على الطبيعة . ثم يرفع تقريره إلى مفتش الرى بنتيجة المعاينة . وعلى مفتش الرى أن يطلب جميع الخرائط والمستندات التى يستلزمها بحث الطالب ، وله أن يستوفى التحقيق إذا رأى ضرورة لذلك . وبعد كل هذا يصدر المفتش ، فى خلال شهرين من تاريخ استيفائه للخرائط والمستندات ، قراراً مسبباً بإجابة طلب الجار إلى حق الشرب أو رفض الطلب . وهذا القرار الإدارى يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإدارى^(١).

(١) ويعاقب قانون الرى والصرف مخالفة الأوامر والقرارات الصادرة وفقاً للمادة ١٦ =

ولذا قضى القرار بإجابة الطلب ، وأجاز للجار الانتفاع بالمسقة ، وجب هموض مالك المسقة ، ولا يشمل التعويض أداء جزء مناسب من التكاليف الأصلية لتلك المسقة (أو المصرف) (م ١٨ رى وصرف) . وتقول المادة ٢/٨٠٨ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا: « وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقة أو المصرف وصيانتها ، بنسبة مساحة أراضيهم التى تنفع منها » . والمفروض هنا أن الأراضى التى تنفع من المسقة (أو المصرف) يكون انتفاعها كاملا ، ولذلك يكون التعويض بنسبة مساحة هذه الأراضى . فلن كان الانتفاع جزئيا ، وجبت مراعاة ذلك أيضاً عند تقدير التعويض ، فيكون بنسبة مساحة الأراضى وبنسبة هذا الانتفاع الجزئى .

وتنص المادة ٧٧ من قانون الرى والصرف على أنه « فى جميع الأحوال التى يقضى فيها هذا القانون بأداء تعويض ، تقرر قيمته ، عند عدم الاتفاق عليه ودنيا ، لجنة تشكل برئاسة مفتش الرى أو من ينيبه وعضوية مفتش المساحة وعمدة البلد ، ويصدر قرارها بأغلبية الآراء ويكون نهائيا . ومن ثم تكون هذه اللجنة هى المختصة بتقدير التعويض ، ويجوز الطعن فى قرارها أمام القضاء الإدارى . وبذلك تكون المنازعات وتقدير التعويضات المتعلقة بالرى والصرف من اختصاص الإدارة واللجان الإدارية^(١) .

== ساقفة الذكر مفرمة لا تقل عن حصة جنهات ولا تجاوز مائة جنيه (م ٢/٧٢ رى وصرف) . ويختص بالنسب والجرية لجنة إدارية برئاسة مفتش الإقليم أو السكرتير العام للمحافظة ووكيل تنفيذ الرى أو من ينيبه وعضو شياخات تميمه لجنة الشياخات . أما فى المحافظات ، بحسب نظام المديرية والمحافظات القديم ، فتشكل اللجنة من المحافظ أو من ينوب عنه رئيسا ومن عضو من مصلحة الرى ينيبه وزير الأشغال العمومية وعضو يختاره المحافظ من الملاك الزراعيين فى المحافظة (م ٧٥ رى وصرف مضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ ومدة بالقانون رقم ٣٨٥ لسنة ١٩٥٦) .

(١) ونرى من ذلك أن جميع مسائل لاى والصرف ، ويدخل فى ذلك الجرائم والعقوبات ، أصبحت الآن من اختصاص الجهة الإدارية . وهذه الجهة تفضل الجهة القضائية ، لأنها أقرب إلى تفهم طبيعة هذه المسائل وأسرع فى البت فيها . وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدنى يتضمن نصا يقضى باختصاص الجهات الإدارية فى هذه المسائل ، فكانت المادة ١١٧٦ من هذا المشروع تنص على أن « تنوى الجهات الإدارية المختصة للفصل فى المنازعات المتعلقة بتطبيق المواد ... وفقا للوائح الصادرة فى هذا الشأن » . ولكن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب حلفت هذا النص ، وتقدمت إلى الحكومة برفعة فى أن تعدل اللوائح الإدارية الخاصة بهذا الموضوع بما يجعل الجهة الإدارية هى

ولاحظ أن التمييز الذي يعطى لملك المسافة ، في مقابل حق الشرب الذي حصل عليه جاره ، يشمل جزءاً من مبروفات إنشاء المسافة وجزءاً من تكاليف صيانتها على النحو المتقدم الذكر . ولا يشمل جزءاً من ثمن الأرض

الخاصة دون غيرها كدرجة أولى ، وأن يكون استئناف قراراتها أمام الجهة القضائية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢ - ص ٤٣ في الهامش) .

وقد كان هناك خلاف قديم ، في عهد التفتين الملف السابق حيث كانت المادة ٥٤/٣٣ من هذا التفتين تجعل المحاكم القضائية خصة بوجه عام في المنازعات المتعلقة بمقوق الرى والصرف ، في الجهة المختصة ، أن تكون جهة القضاء وفقاً لحكم المادة ٥٤/٣٣ أم جهة الإدارة وفقاً لأحكام لائحة الترع والجسور التي صدرت في سنة ١٨٩٤ أي بعد صدور التفتين الملف السابق ؟ وكان الرأي السليم إذ ذاك هو أن تكون جهة الإدارة هي المختصة دون جهة القضاء ، إذ أن لائحة الترع والجسور قد أفردت جهات الإدارة بالاختصاص فنسخت أحكام التفتين الملف السابق في هذا الشأن . ولكن محكمة النقض قضت بأن تكون كل من الجهة الإدارية والجهة القضائية مختصة في دعاوى وضع اليد ، أما دعاوى الملك فتبقى من اختصاص الجهة القضائية وسدحا (نقض ملف ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٠ ص ٤٢ - وانظر أيضاً نقض ملف ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني في حصة وعشرين ما جاء جزء أول ص ٦٤٢ - وانظر فيما بين صدور قانون الرى والصرف في سنة ١٩٥٣ والقانون المعدل له الصادر في سنة ١٩٥٦ نقض جنائي ٢٤ يناير سنة ١٩٥٥ الهاماة ٣٦ رقم ٢٣٣ ص ٤٧٩ - أم على سنة ١٩٥٥ الهاماة ٣٦ رقم ٣٧٩ ص ٧٨٢) .

ولم يعد اليوم مجال لقيام هذا الخلاف القديم ، بعد صدور التفتين الملف الجديد ومن يده قانون الرى والصرف المعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ ، فنصوص هذه التشريعات متضافرة على أن الاختصاص منقذ للجهة الإدارية دون الجهة القضائية . انظر في تفصيل هذه المسألة محمد علي عرفة فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٦ مكررة - محمد كامل مرسى ١ لقرة ٣١٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٢ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه لما كان القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن الرى والصرف قد ضمن نصومه أمراً خاصاً لاستحقاق التمييز عما ينشأ من الأضرار بسبب تعطيل بعض أحكامه ، ثم نص في المادة ٧٧ على أنه في جميع الأحوال التي يقضى فيها هذا القانون بإجراء تمييز ولم يتم الاتفاق عليه ودنيا تقدر قيمته لجنة ... ، فإنه يبين من ذلك أن اختصاص اللجنة مقصور على نظر طلبات التمييز في الحالات المحددة في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ . أما طلبات التمييز في غير هذه الأحوال فإن الاختصاص بنظرها يكون للمحاكم صاحبة الولاية العامة ينظر جميع الأفرعة إلا ما استثنى منها بعض خاص . لما كان ذلك ، وكان المدعى قد طلب بالدعوى للتمييز عن الأضرار التي لحقت بأرضه نتيجة لما يدعيه من أن الحكومة لم تراعى الأصول الفنية في إنشاء الممرين ولم تتعهدهما بالصيانة والتطوير ، وكان التمييز لذلك السبب مالم يرد عليه نص في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ ، فإن اللجنة المنصوص عليها في المادة ٧٧ من ذلك القانون لا تختص بنظره ، ويكون الاختصاص به للمحاكم (نقض ملف ٣١ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٢٧ ص ٢٠٣) .

المحذور فيها المسقاة . ذلك لأن المسقاة تبقى ملكا خالصا لصاحبها^(١) ، ولا يكون للجيار عليها إلا حق عيني ليس بحق ارتفاق^(٢) . ولما كان الجار يتمتع برى أرضه من المسقاة ، فلا محل إذن لعدم اشتراكه في مصروفات إنشاء المسقاة ، بالرغم من أن بعض الفقهاء قد انتقد اشتراكه في هذه المصروفات^(٣) . ولما كان لم يساهم في دفع قيمة الأرض التي حطرت فيها المسقاة ، فقد بقيت ملكية المسقاة خالصة لصاحبها كما سبق القول .
وسرى فيما يلي أن التعميم يدفع مقلدا^(٤) .

٤٤٩ - ابرصلاحات الضرورة للمسقاة التي يتعمد المنعمون بها -

نص قانوني : تنص المادة ٨١١ ملنى على ما يأتى :

« إذ لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية ، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم »^(٥) .

(١) انظر في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٣٧٣ - محمد على عرفة فقرة ٢٠٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦١ - حسن كيرة فقرة ٦٧ ص ٢٠٧ - وانظر في أن الاشتراك في نفقات الإنشاء والصيانة كان يجب أن يترتب عليه الاشتراك في ملكية المسقاة محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٩٣ .
(٢) انظر ألفا فقرة ٣٩٣ .

(٣) ومن هؤلاء الفقهاء شبرون في بحثه في نظام الري في مصر في القانون والاقتصاد ٣ ص ١٧٤ - محمد على عرفة فقرة ٢٠٩ - حسن كيرة فقرة ٦٧ ص ٢٠٨ .
وفي حالة تماثل طلبات الانقضاء بالمسقاة من الجيران ، وجب على كل جار يأتى لاحقا أنه يتحمل ، فوق تكاليف الصيانة ، حصته في نفقات الإنشاء ، ويرد لمن سبقوه من الجيران والمالك نصيب كل منهم في هذه الحصة .

(٤) انظر ما على فقرة ٤٥٣ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٧٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١١ (حوة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١ - ص ٤٦) .

ولا مقابل للنص في التفتين المدنى السابق . ولكن المادة ١٨ من لائحة الترع والجسور كانت تقضى بتكليف المنتفعين بإصلاح المسقاة أو المصرف . فإذا تملذ عليهم ذلك أجرت الحكومة الإصلاح على نفقتها ورجعت على المنتفعين بحسب اقتدارهم ، فإذا تحقق عدم الاقتدار تجاوزت الحكومة عن الرجوع .

ويقابل النص في التفتينات المدنية البرية :

والنص يعرض للمسقة الخاصة والمصرف الخاص ، وتقتصر هنا على المسقة الخاصة . فقد يتعدد المتفعون بها ، وأكثر ما يقع هذا التعدد بأن يكون ملاك هذه المسقة متعددين وقد اشتركوا جميعاً في إنشاء المسقة ، أو بأن يكون واحد من المتفعين هو وحده الذي أنشأ المسقة في أرضه وحصل المتفعون الآخرون على حق الشرب منها وفقاً للأحكام التي قدمناها^(١). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « وإذا انتفع بالمسقة أو بالمصرف أشخاص متعددون ، سواء لأنهم اشتركوا جميعاً في الإنشاء ، أو لأن واحداً منهم هو المنشئ وثبت للباقي حق الانتفاع وفقاً لما تقدم من الأحكام ، فإنهم يشتركون جميعاً في الإصلاحات الضرورية ، ويجبرون على ذلك بناء على طلب أي واحد منهم »^(٢).

فإذا كان المتفعون كلهم ملاكاً للمسقة ، كان لكل منهم أخذ المياه منها بنسبة مساحة ما يملكه من الأرض . وتنص المادة ١٠ من قانون الري والمصرف على أن « لأصحاب الأراضي التي تنتفع بمسقة واحدة مملوكة لهم أخذ المياه منها ، بنسبة مساحة ما يملكه كل منهم من الأراضي المذكورة . ويفصل مفتش الري بقرار نهائي في كل نزاع ينشأ في كيفية استعمال هذا الحق »^(٣).

وسواء كان المتفعون كلهم ملاكاً للمسقة أو كان بعض منهم مالكا وبعض له حق الشرب ، فالجميع ملزمون ، كما رأينا ، بتطهير المسقة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم^(٤) . وتنص المادة ١١ من قانون الري والمصرف في هذا الصدد

١ - التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٨٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٤٣ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٥ .

(٣) وتنص المادة ١٣ من قانون الري والمصرف على أنه « إذا كانت الأرض الواقعة على جانبي مسقة أو مصرف خاص مملوكة لملاك متعددين ، اعتبر ، بالنسبة لأعمال التطهير والصيانة ، محور المسقة أو المصرف حداً فاصلاً بين أملاكهم ، ما لم يثبت خلاف ذلك » .

(٤) انظر آتفاً فقرة ٤٤٨ .

على أن أصحاب الأراضي المتفعة بالمساق والمصارف الخاصة مكلفون على نفقتهم بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها في حالة جيدة . ويجب فهم هذا النص على معنى واسع . فيدخل فيما يكلف به المتفعون على نفقتهم جميع الإصلاحات الضرورية للمسقا . فإذا قامت الحاجة إلى إصلاحات ضرورية للمسقا ، وجب على الجميع القيام بها على نفقتهم ، كل بنسبة مساحة أرضه . ويموز لأى منهم ، سواء كان هو المنشئ للمسقا أو كان له عليها حق شرب فقط ، أن يجبر الآخرين على ذلك إذا امتنعوا عن القيام بهذا الالتزام . وهذا الحكم هو ما توكده المادة ٨١١ مدنى فيما رأينا إذ تقول : « إذا لم يتفق المتفعون بمسقا أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية جاز لإلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم » .

وقد تكفلت المادة ١٢ من قانون الرى والمصرف ببيان الإجراءات التى تتبع لإلزام المتفعين بالقيام بواجبهم من التطهير والصيانة وحفظ الجسور وجميع الإصلاحات الضرورية . وهى تنص على أنه « إذا لم يتم أصحاب الأراضي بإجراء ما هو مبين فى المادة السابقة (التطهير والصيانة الخ) ، جاز لفتش الرى ، بناء على تقرير الباشمهندس أو على شكوى من ذى شأن ، أن يكلفهم بتطهير المسقا أو المصرف ، أو بإزالة ما قد يعترض سير المياه من حوائق أو أشجار أو خلافة ، أو بصيانتها ، أو بترميم جسورها ، أو بإعادة إنشاء هذه الجسور ، فى موعد معين ، وإلا قام ففتش الرى بإجراء ذلك وتحصيل النفقات بالطرق الإدارية من أصحاب الأراضي كل بنسبة مساحة أرضه التى تنتفع بالمسقا أو المصرف . وبحسب ضمن هذه النفقات قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بنتائج التطهير » . ويتبين من ذلك أن إصلاح المساق والمصارف الخاصة أمر لا يعنى فحسب المتفعين بها ، بل يعنى أيضاً للمصلحة العامة فى الاقتصاد الزراعى ، إذ يقوم ففتش الرى ، إذا لم يتقدم أحد المتفعين ، بتكليف هؤلاء بإجراء الأعمال اللازمة للإصلاح ، فإذا امتنعوا قام الفتحش نفسه بهذه الأعمال ورجع بالنفقات على المتفعين » .

§ ٢ - المجرى والمسيل

٤٥٠ - نص قانونى : تنص المادة ٨٠٩ مدنى على ما يأتى :

« يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي ، بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلاً » (١) .

وبقابل النص المادة ٥٤/٣٣ من التفتين المدني السابق (٢) .

وبقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري م ٩٦٣ - ٩٦٤ و ٩٦٨ و ٩٨٠ - ٩٨١ و ٩٨٤ - ٩٨٦ - وفي التفتين المدني الليبي م ٨١٨ - وفي التفتين المدني العراق م ١٠٥٢ - ١٠٥٤ و ١٠٥٨ -

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٧٣ من المشروع التمهيدى مطابقة لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من النص كانت في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « بشرط أن يعوض عن ذلك مقبلاً » . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٨ في المشروع النهائي . واستبدل مجلس النواب عبارة « تعويضاً عادلاً » بكلمة « مقبلاً » ، ووافق على النص مدلاً على هذا الوجه تحت رقم ٨٧٧ . وأقره مجلس الشيوخ بهذا التعديل تحت رقم ٨٠٩ (موعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٣٧ - ص ٣٨) .

(٢) التفتين المدني السابق م ٥٤/٣٣ : يجب على كل صاحب أرض أن يجعل مراً في أرضه المياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة عن مأخذ المياه ، في نظير تعويض يعطى له مقدماً بعد تقديره بمعرفة المحاكم . وعند التنازع تحكم بالكيفية التي يكون بها إنشاء ذلك الممر ، وما يلزم من العمل بمحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر . وليس لصاحب الأرض التي يسقيها بآلات أو تررع أن يجبر أصحاب الأراضى التي دونه على قبول مياهه بأراضيهم .

ويتبين من هذا النص أن هناك فروقا بين التفتين المدنى السابق والتفتين المدنى الجديد تليخص فيما يأتى : (أ) لم يكن التفتين المدنى السابق يقرر حق المسيل ، بل اقتصر على تقرير حق المجرى . ولكن لأهمية الترع والجسور التي أعقبت التفتين المدنى السابق في سنة ١٨٩٤ تلاقت هذا النص ، فقررت المادة ١٥ من هذه اللائحة حق المسيل أسوة بحق المجرى . ولما كانت لأهمية الترع والجسور تشرياً لا يسرى على الأجانب (استئناف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ١٧٧) ، فقد صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩١٢ بمدل المادة ٥٤ من التفتين المدنى المخطوط ويقرر حق المسيل . (ب) وفي حق المجرى يختلف التفتين المدنى السابق عن التفتين المدنى الجديد في مسألتين : أولاً أن التفتين السابق لم يسمح بحق المجرى إلا للمياه « اللازمة » لرى الأرض ، لا للمياه « الكافية » التي يسمح بها التفتين الجديد . والمسألة الثانية أن التفتين السابق قد فرض اختصاص المحاكم القضائية في مسائل الصرف والرى دون الجهة الإدارية ، أما في التفتين الجديد فهذا الاختصاص للجهة القضائية غير مقرر ، والذي تقرر على العكس من ذلك هو اختصاص الجهة الإدارية ، كما بينا فيما تقدم (انظر آتفاً فقرة ٤٤٨ في الخشاش) .

وفى قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٩-٦٠ و ٦٤ و ٧٧-٧٨ و ٨١-٨٣ (١)

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدنى المردى م ٩٦٣ - ٩٦٤ (تقدرات حق المسيل للمياه السائلة سيلاً طبيعياً من الأراضى المائية والمياه والمين الثانية) .
م ٩٦٨ : كل مالك عقار أن يبنى سطوحه بصورة تسيل معها مياه الأمطار فى أرضه لوفى الطريق العمومية ، مع مراعاة الأنظمة الخاصة المتصلة بالطرق . ولا يجوز له إسالة هذه المياه فى الأرض المجاورة .

م ٩٨٠ : يمكن لكل مالك عقار يريد أن يستعمل لى أرضه المياه الطبيعية أو الاصطناعية للى يكون له حق التصرف بها ، أن يحصل على مرور هذه المياه فى الأراضى المتوسطة بينها وبين أرضه ، بشرط أن يدفع عن ذلك تمريضا معيلاً .

م ٩٨١ : يمكن أيضاً لمالك العقار المذكور أن يحصل ، لقاء تمريض معيل ، على إجازة لإسار المياه للى تسيل من أرضه بعد رجاء على هذه الصورة ، فى الأراضى للى تكون تحتها .

م ٩٨٤ : ١ - لكل مالك عقار ، يريد إصلاح أرضه بإسالة مياهها أو بأية طريقة أخرى لتصفيف ، أن يمد هذه المياه مقابل تمريض عادل معيل الدفع ، تحت الأرض أو فوقها ، عبر الأراضى الفاصلة بين أرضه وبين جرى ماء أو أ خندق آخر لمسيل المياه . ٢ - ويستثنى من هذا الاتفاق قبيلات والبساتين والحدائق والجنائن والخصبات المسورة المجاورة للسكان .

م ٩٨٥ : يحق لمالكى العقارات المجاورة أو للى تحتلها المياه أن يستعملوا المنشآت الحديثة ، عملاً بالمادة السابقة ، لإسالة مياه أراضيهم . وفى هذه الحالة يلزمهم : (أ) قسم من أكلاف المنشآت بنسبة استفادتهم منها . (ب) للنفقات الناجمة عن التمويرات للى قد يترتب إحداثها لاستعمال هذه الحق . (ج) الحصة للى تصييم فيها بعد من أكلاف صيانة هذه المنشآت للى تصبح مشتركة .

م ٩٨٦ : إن المنازعات للى قد تسفر عن إحداث حق الارتفاق هذا وعن استعماله ، وعن تحديد المياه ، وعن القيام بالأشغال اللازمة لإسالة المياه أو لتصفيف ، أو عن التصرفات . وأكلاف الصيانة ، ترفع إلى قاضى صلح المنطقة للى يتوجب عليه ، عند إصدار حكمه ، أن يوفق بين مصالح المشروع وبين الاحترام للواجب للى الملكية .

التفتين المدنى اللبى م ٨١٨ (مطابق) .

التفتين المدنى العراق م ١٠٥٢ - ١٠٥٤ (توافق المواد ٩٦٣ - ٩٦٤ و ٩٦٨ من التفتين

السورى) .

م ١٠٥٨ : ١ - على صاحب الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى أراضي غيره البعيدة عن مورد المياه ، وليس فيها ماء لزراعة ، ولا سبيل لمرور المياه فيها مباشرة ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عام ، بشرط أن يدفع لصاحب الأرض مقدماً أجراً سنوياً ، وعلى شرط ألا يتل ذلك بانتفاع صاحب الأرض إخلالاً بينها ..
٢ - وعلى صاحب الأرض أن يسمح كذلك بأن تقام على أرضه الإنشآت الفنية الضرورية لمسعى لتسليط اللازمين للأراضى البعيدة ، بشرط أن يتفق عن ذلك أجراً سنوياً مقدماً . وله أن يستفيد -

ويقرر النص حق المجرى للأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وحق المسيل للأراضي البعيدة عن المصارف العامة . والمسيل يقابل المجرى ، وقد يقابل الشرب كما سئرى . وكلاهما يجب للحصول عليه توافر شروط معينة . وله إجراءات ، ويجب أن يدفع عنه تعويض عادل . والمتنفعون بالمروى (في حق المجرى وكذلك في حق الشرب) أو بالمصرف (في حق المسيل) يلتزمون بإجراء الإصلاحات الضرورية للمروى أو للمصرف . كذلك يكون المنتفع بالمروى أو بالمصرف مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الأرض التي يمر بها أى منهما . ونبحث هذه المسائل على التعاقب .

٥١} — المسيل يقابل المجرى وقد يقابل الشرب : يأخذ حق المسيل إحدى صورتين : (١) فهو في الأصل يقابل حق المجرى ، فكما يكون للجار حق المجرى لمرور مياه الري من أرض جاره حتى تصل إلى أرضه ، كذلك يكون له حق المسيل لمرور مياه الصرف بعد رى أرضه من أرض جاره حتى تصل إلى أقرب مصرف عام (م ٨٠٩ مدني) . (٢) وقد يقابل حق المسيل حق الشرب ، وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ مدني تقضي بأنه يجوز للجار أن يستعمل المسقاة أو المصرف المملوك لجاره لأخذ مياه الري من المسقاة ولتصريف مياه الصرف في المصرف .

ومن ثم يكون هناك تقابل كامل بين الري والصرف . فتارة يستعمل الجار مسقاة جاره للري وهذا هو حق الشرب الذي فصلناه فيما تقدم ، ويستعمل مصرف جاره للصرف وهذا هو حق المسيل في إحدى صورتيه المتقدمتي الذكر . وطورا لا يستعمل الجار مسقاة جاره ولا مصرفه ، وإنما يجري مياه الري في أرض جاره لتصل إلى أرضه وهذا هو حق المجرى ، ويصرف مياه الصرف عبر أرض جاره في ممر هو الذي ينشئه على نفقته لتصل المياه بواسطة هذا الممر إلى المصرف العام وهذا هو حق المسيل في صورته الأخرى .

— من هذه الإنشاءات بشرط أن يتحمل من مصروفات إنشائها وصيانتها قدرا يتناسب مع استفادته .
٣ — إذا لم يتفق الطرفان على الأجر ، تولت تقديره المحكمة .
قانون الملكية العقارية اللبناني :

م ٥٩ - ٦٠ و ٦٤ (توافق المواد ٩٦٣ - ٩٦٤ و ٩٦٨ من القانون السـ و) .

م ٧٧ - ٧٨ و ٨١ - ٨٣ (توافق المواد ٩٨٠ - ٩٨١ و ٩٨٤ - ٩٨٦ من القانون السوري) .

٥٢ - الشروط الواجب توافرها لكل من حق المجرى وحق السيل :
الحصول على حق المجرى أو حق المسيل يجب توافر الشرطين الآتين :
(الشرط الأول) يجب أن يكون من يطلب هذا الحق جارا لمالك الأرض
التي يراد استعمال الحق فيها .

ففيما يتعلق بحق المجرى يجب أن يكون طالب هذا الحق مالكا للأرض
المجاورة للأرض التي يطلب فيها إنشاء المجرى أو المروى . وهو ينشئ المروى
في أرض جاره على نفقته ، حتى يجلب عن طريقها مياه الري الكافية لري
أرضه ، فتمر هذه المياه عبر هذا المروى . ومياه الري التي يجلبها قد يأخذها
من النيل مباشرة بإنشاء مأخذ للمياه في جسر النيل ، أو يأخذها من مأخذ في
جسر إحدى الترع العامة ، أو في جسر ترعة خاصة مملوكة له ، أو في جسر
ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب وفقا للقواعد التي
أسلفناها أو بالاتفاق مع صاحب هذه التربة . وتقول المذكرة الإيضاحية
للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « أما حق المجرى فقد أعطاه المشروع لمالك
الأرض البعيدة عن مأخذ المياه ، فتمر من أرض الجار المياه الكافية لري أرضه ،
وهي مياه يأخذها من ترعة عامة ، أو من ترعة خاصة مملوكة له ، أو من ترعة
خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب^(١) . ويلاحظ أن الجار إذا
جلب مياه الري من النيل مباشرة أو من ترعة عامة ، وجب عليه الحصول على
ترخيص في ذلك من وزارة الري (٣٦ م رى وصرف) . فيتعين عليه إذن أن
يحصل أولا على هذا الترخيص من جهة الإدارة ، حتى يستطيع أن يطالب بعد ذلك
بحق المجرى . ولما كانت الإدارة هي المختصة بالترخيص في مأخذ المياه وباتخاذ
الإجراءات اللازمة للحصول على حق المجرى ، فهي لن تتخذ هذه الإجراءات
حتى تمنح الجار هذا الترخيص . فإذا مارفت إعطائه الترخيص لم تعد هناك
فائدة من تقرير حق المجرى في الأرض التي عينها الجار ، إذ قد يأخذ ترخيصا
بمأخذ للمياه في موضع آخر فتتغير الأرض التي يتقرر عليها حق المجرى^(٢) . هذا

(١) حصة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ .

(٢) انظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٠٣ - مدخل عرقة فقرة ٢١٢ -

عهد المنع البراوى فقرة ٣٥٧ ص ٤٠٠ - إسمايل غانم فقرة ٥٢ ص ١١٠ - حسن كيرة -

وقد يكون مأخذ المياه الذى أنشأه الجار مفصولا عن أرض الجار ليس فحسبه بأرض جاره المباشر ، بل أيضاً بأرض أو أراض أخرى تجاور أرض الجار المباشر ، فعندئذ يحصل الجار على تقرير حق المجرى في جميع هذه الأراضى أرضا بعد أخرى ، حتى يستطيع جلب مياه الرى إلى أرضه .

وفىما يتعلق بحق المسيل في صورته الأولى ، وهو المسيل المقابل للمجرى ، يجب أيضاً أن تكون الأرض التى ينشئ فيها الجار المصرف على نفقته مجاورة لأرضه ، حتى يسيل ماء الصرف منها فتصل إلى أقرب مصرف عام . وقد يقتضى وصولها إلى أقرب مصرف عام أن يخترق المصرف الذى ينشئه الجار أراضى متعددة ، الأرض المجاورة والأراضى أخرى التى تجاورها ، فيقرر حق المسيل على هذه الأراضى جميعها أرضا بعد أخرى . ويختلف حق المسيل هنا عن حق المجرى في أن حق المسيل يقرر لتصل مياه الصرف إلى أقرب مصرف عام ، لا إلى مصرف خاص سواء كان مملوكا للجار أو مملوكا للغير كما هو الأمر في حق المجرى كما بينا^(١) . وفىما يتعلق بحق المسيل في صورته الأخرى ، وهو المسيل المقابل للشرب ، فقد رأينا أن المادة ٢/٨٠٩ مدنى تنص على أنه « يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيها تحتاجه أراضهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها . وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما بنسبة مساحة أراضهم التى تنتفع منها » . فما قدمناه في المسقاة ينطبق أيضاً على المصرف^(٢) . فيشترط أن يكون للمالك مصرف خاص ، وقد استوفى حاجته أولا من هذا المصرف ، وأن يكون طالب حق المسيل جارا للأرض وليس من الضروري أن يكون ملاصقا للمصرف ذاته^(٣) . فعند ذلك

= فقرة ٦٨ من ٢٠٩ - من ٢١٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٧ من ١٠٤ - منصور مصطلح منصور فقرة ٢٨ - وقد سبق شحاتة فقرة ٦٧٥ من ٣٦٧ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ من ١٥٣ .

(١) انظر في انتقاد ذلك محمد على عرفة فقرة ٢١٩ من ٢٧٦ .

(٢) انظر آفا فقرة ٤٤٣ وما بعدها .

(٣) انظر عكس ذلك الأستاذ منصور مصطلح منصور إذ يقول: « أما بالنسبة لحق الصرف في مصرف الجار الخاص ، فيجب أن تكون الأرض التى تحتاج إلى الصرف مجاورة للمصرف ذاته ، =

يجوز لهذا الجار أن يطلب الحق في صرف المياه بعد رى أرضه في المصرف الخاص الذي لجاره . ولا يمتد حق الجار في هذه الصورة إلى أبعد من أرض جاره المباشر الموجود فيها مصرفه الخاص ، فإن مياه الصرف تكون قد وصلت بوصولها لهذا المصرف إلى غايتها ، وتسيل بعد ذلك مع مياه صرف المالك إلى المصرف العام أو المصرف الخاص الذي تستقر فيه مياه هذا المصرف .
(الشرط الثاني) يجب أن يكون الجار في حاجة إلى رى أرضه عن طريق المجرى ، أو إلى صرف مياهه عن طريق المصرف .

فما يتعلق بحق المجرى ، يجب أن تكون الوسيلة الوحيدة لدى أرض الجار هي إنشاء مروي في أرض جاره حتى تصل إليه مياه الرى عن طريقها . فإذا كانت لديه وسيلة أخرى للرى ، كأن كان يستطيع رى أرضه ريا كافيا عن طريق آبار إرتوازية ، أو عن طريق مراو أخرى حصل عليها بالاتفاق مع جيرانه الآخرين ، فليس ثمة به حاجة إلى حق المجرى في أرض جاره ، إذ هو في غنى عنه بهذه الوسائل الأخرى . ويجب أن تكون هذه الوسائل الأخرى من شأنها أن يستطيع عن طريقها رى أرضه ريا كافيا ، فقد صرحت المادة ٨٠٩

— إذ لو كانت مجاورة للأرض التي فيها المصرف دون أن تجاور المصرف ذاته، لاقتضى الأمر إمرار مياه المصرف في أرض الجار لتصب في مصرفه الخاص ، والمنعح لم يميز إمرار مياه الصرف في الأرض المجاورة التي يملكها الغير إلا لكي تصب في مصرف محوي « (منصور مصطلح منصور ، فقرة ٢٩ ص ٦٩) . وانظر أيضاً في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٣٧٩ ص ٣٧٠ - عبد المنعم البدر في فقرة ٣٦١ - إساعيل غانم فقرة ٥٣ ص ١١٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٨ . وإذا استقامت هذه الحجة من ناحية التعليل اللغوي للتصريح ، فإن المفهوم بوجه عام من موع التصريح أن هناك صورتين للصرف : (الصورة الأولى) تتمتع حيث يعطى الجار حق المسيل على المصرف الخاص للمالك ، وفي هذه الصورة يكون المفهوم هو أن الجار يصل إلى المصرف الخاص بالوسيلة الممكنة ، ولو يشق على مياه الصرف حتى تصب عن طريقه في المصرف الخاص للمالك . ولهذا نظير في حق الشرب ، فقد قدما أنه متى ثبت الجار حق الشرب من سقاة المالك ، واقتضى الأمر شق جبر في أرض المالك لتوصيل مياه السقاة إلى أرض الجار ، كان الجار أن يشق هذا المجرى (انظر آتفا فقرة ٤٤٦) . (والصورة الثانية) تتمتع حيث يعطى الجار حق شق مصرف في أرض المالك ، وفي هذه الصورة وحدما اشترط القانون أن يصب المصرف الخاص الذي شقه الجار في أقرب مصرف عام (م ٨٠٩ مقي) .
وغي عن البيان أن من يشترطون مجاورة المسقاة ذاتها في حق الشرب يشترطون كذلك مجاورة المصرف الخاص ذاته في حق المسيل (انظر آتفا فقرة ٤٤٦ في الماش) .

ملنى كما رأينا بأن المياه التى تمر بأرض الجار هى « المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه »^(١). هنا من جهة ، ومن جهة أخرى إذا حصل الجار على حق المجرى ، وجب أن تكون المروى من السعة بحيث يمكن أن يجلب المياه الكافية « لرى أرضه » ، على ما صرح به النص فى رأينا . وقد كان التفتين للملنى السابق (م ٥٤/٣٣) يقتصر على السماح بإنشاء عمرق فى أرض المالك « للمياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة عن مأخذ المياه » ، فكان يمكن تفسير ذلك بأن الجار إذا كان يصله الماء فعلا لم يستطع أن يحصل على حق المجرى فى أرض جاره ، حتى لو كان الماء الذى يصله لا يسمح برى الأرض كلها ريا كافيا^(٢) .

وفى ما يتعلق بحق المسيل فى صورته ، يجب أيضاً أن تكون الوسيلة الوحيدة لصرف مياه الجار هى حصوله على حق مسيل فى أرض جاره . فإذا كانت لديه وسائل أخرى ، كأن استطاع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو كان بعيداً ، أو حصل بالاتفاق مع جيران آخرين على حق مسيل فى أراضيهم ، لم يعد له بعد ذلك أن يطلب حق المسيل فى أرض جاره . وما قلناه فى الرى الكافى يقال أيضاً فى الصرف الكافى ، فيجب أن يمكن الجار من صرف مياهه صرفاً كافياً^(٣) .

(١) وقد توسع القضاء المختلط فى منح حق المجرى بالرىم من ضيق نصوص التفتين للملنى المختلط وعدم تطبيق لائحة الترع والبيور لأن اللائحة لم تكن سارية على الأجانب ، فكان يقضى بمنح حق المجرى إذا ثبت أنه الوسيلة الوحيدة لاستغلال الأرض بطريقة عليقة مقبولة ، حتى لو كان من غير المستحيل الحصول على الماء بوسيلة أخرى ، وبمنح هذا الحق أيضاً حتى لو كانت المياه تصل الأرض ولكنها لا تكفى إلا لزراعة الشتوية ، وبأن من حق الجار أن يحصل على المياه الكافية بإقامة آلة رافعة فى أرض المالك إذا ثبتت فائدة هذه الآلة (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٣٤٦ - ٥ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٣) - فن باب أول تطبيق هذه الأحكام بعد أن توسع التفتين للملنى الجديد وقانون الرى والصرف فى حق المجرى . انظر محمد على حرفة نقرة ٢١١ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨ .

(٢) محمد على حرفة نقرة ٢١١ ص ٢٦٧ .

(٣) فإذا كان يستطيع صرف مياهه صرفاً غير كاف ، لم يمنعه ذلك من طلب حق المسيل . ونص المادة ١٦ من قانون الرى والصرف صريح فى هذا المعنى إذ يقول : « إذا رأى أحد ملاك الألبان أنه يستحيل أو يتصلد عليه رى أرضه ريا كافياً أو صرفها صرفاً كافياً إلا بإنشاء مسقا أو مصرف فى أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسقا أو مصرف موجد فى أرض الغير ... » . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلط بأنه لا يجوز أن يدفع ضد الجار الذى يطلب بحق المسيل بأن فى إمكانه صرف مياهه بوسائل ميكانيكية (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٢) . وانظر حه كامل مرسى ١ نقرة ٣١٤ ص ٤١٦ .

والمياه التي يطلب من أجلها حق المسيل هي المياه التي تختلف بعد رى أرض الجار ، أما المياه التي تتحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة كياه الأمطار فهذه لا يقرر القانون حق مسيل بالنسبة إليها . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين الملئ يتضمن نصا يعطى حق المسيل لهذه المياه أيضاً ، فكانت المادة ١١٧٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « على مالك الأرض المنخفضة أن يسمح بأن تنزل فى أرضه المياه التي تتحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة عنها كياه الأمطار ، وليس لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم جسراً يسد الماء ، كما أنه ليس لمالك الأرض المرتفعة أن يأتى ما من شأنه الزيادة فيها يجب أن تتحمله الأرض المنخفضة من ذلك »^(١). وكان حق المسيل الذى قرره المشروع التمهيدى فى هذا الخصوص يتعارض مع التقنين الملئ السابق ، إذ كانت المادة ٦٤/٤٢ من هذا التقنين تنص على أنه « يجب على كل مالك أن يصرف فى أرضه أوفى الطريق العام مياه الأمطار ومياهه المنزلية بالتطبيق على الواجبات الصحية » . ولما عرض نص المشروع التمهيدى سالف الذكر على لجنة المراجعة ، قررت حذفه لعدم الحاجة إليه فى مصر ، حيث يقل نزول الأمطار^(٢).

٤٥٣ - إجراءات الحصول على حق المجرى ومن المسيل والتعويض

الواجب - إعماله : بينا فيما تقدم^(٣) الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب ، وهذه الإجراءات هي نفسها الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق المجرى وعلى حق المسيل فى كل من صورتيه . وقد رأينا للمادة

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجلد الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥ . هذا ويتطلب صرف المياه المنزلية للقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٠ الخاص بصرف مياه المباني والمواد المختلفة فى المجرى القائمة . وكان القضاء المختلط يقضى بوجود حق مسيل للمياه التي تتحدر بفعل الطبيعة من أرض عالية إلى أرض منخفضة بالرغم من عدم وجود نص يقضى بذلك (استئناف مخطط أول يوتييه سنة ١٩٢٢ م ٢٤٤ ص ٤٤١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣ فى الحاشي - وهذا لا يمنع من كسب حق ارتفاع بصرف مياه الأمطار ونحوها فى أرض الجار بطريق الاتفاق وبطريق تخصيص المالك ، وكذلك بالتقادم إذا وجدت علامات ظاهرة لاستعمال هذا الحق ومحمد حلمة فى فقرة ٢١٧ ص ٣٧٤ - حسن كيرة فى فقرة ٦٩ ص ٢١٣ حاشي ١ - عبد المنعم فرج الصدة فى فقرة ٦٨ ص ١٠٦ حاشي ١

(٣) انظر أيضاً فقرة ٤٤٨ .

١٦ من قانون الري والصرف تقضى بأنه في حالة ما إذا رأى الجار أنه لا يتعدى عليه رى أرضه ريكافيا أو صرفها صرفا كافيا إلا بإنشاء مسقا (وهذا هو حق المجرى) أو مصرف (وهذا هو حق المسيل في إحدى صورتيه) في أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسقا (وهذا هو حق الشرب) أو مصرف (وهذا هو المسيل في الصورة الأخرى) موجود في أرض الغير... ، فإنه إذا لم يستطع التراضي مع أصحاب الأراضي ذوى الشأن ، يقدم طلبا إلى مفتش الري. ويتولى للباثمهندس إجراء التحقيق في موقع المسقا والمصرف ، ويسر بعد ذلك في إجراءات معينة سبق بيانها^(١).

ويجب أن يعرض المالك عن حق المجرى وحق المسيل كما يعرض عن حق الشرب فيها رأينا . فإذا كان المطلوب شق مروي أو مصرف في أرض المالك للمجرى أو للمسيل ، تحمل الجار كل نفقات إنشاء المروي أو المصرف وجميع تكاليف صيانته ، وسرى أنه إذا أصاب أرض المالك ضرر من المروي أو المصرف فللمالك أن يطلب تعويضا عما أصابه من الضرر . وإذا كان المطلوب الانضاع بمسقا المالك أو بمصرفه ، فإن التعويض يكون بشارك الجار في نفقات إنشاء المسقا أو المصرف وصيانتهما ، بنسبة مساحة (أرضه) التي تنتفع منها (م ٢/٨٠٨ مدني) . وتقدر قيمة التعويض على النحو سالف الذكر ، عند عدم الاتفاق عليه وديا ، لجنة تشكل برياسة مفتش الري أو من ينييه وعضوية مفتش المساحة وعمدة البلد ، ويصدر قرارها بأغلبية الآراء ، ويكون نهائيا . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٠٩ مدني يقضى بأن يدفع التعويض مقدما ، ولكن هذا الحكم الخاص بتعجيل التعويض حلفه مجلس النواب ،

(١) انظر ألفا فقرة ٤٤٨ - وإذا حصل الجار على حق المجرى في أرض المالك ، وكان المالك نفسه أرضه ببيعة عن مورد المياه وتوافرت فيه شروط الحصول على حق الشرب ، فإنه يستطيع أن يحصل على حق الشرب من مروي الجار المشتقة في أرضه (انظر ألفا فقرة ٤٤٦ - وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٩ - شفيق شعاعته فقرة ٣٧٧ ص ٣٦٩ - عبد المنعم البدرارى فقرة ٣٥٤ ص ٣٩٧ وفترة ٣٥٩ ص ٤٠١ - عبد المنعم ف ج الصدة فقرة ٦٧ ص ١٠٥) . وكذلك إذا حصل الجار على حق المسيل في أرض المالك فأنشأ مصرفا خاصا ، يجوز للمالك إذا توافرت فيه هو أيضا شروط الحصول على حق المسيل أن يحصل على هذا الحق ، ويصرف مياهه في المصرف الخاص للملك الجاره والمشتوق في أرضه .

واستبدل به أن يكون التعويض « تعويضاً عادلاً »^(١) . ولكن المادة ١/١٨ من قانون الري والصرف ، وقد صدر هذا القانون بعد صدور التقنين المدني الجديد ، تنص على ما يأتي : « لا ينفذ القرار الصادر بمقتضى المادتين السابقتين (ويدخل القرار الذي يعطي الجار حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل) إلا بعد أداء تعويض لجميع الأشخاص الذين لحقتهم ضرر من هذا القرار » . ومعنى ذلك أن يدفع التعويض مقدماً ، فلا يجوز إذن تسيطه^(٢) ، بل يجب تعجيله جملة واحدة . ومن ثم لا يجوز البدء بأعمال الإنشاء قبل دفع التعويض الواجب ، أما فيما يتعلق بمصروفات الصيانة فيدفعها الجار على دفعات ، معجلة أيضاً في كل دفعة ، بحسب ما تقتضيه أعمال الصيانة ، كل هذا إلا إذا تم اتفاق بين أصحاب الشأن على غير ذلك^(٣) .

(١) انظر ألفا فقرة ٤٥٠ في الخامس - وكانت المادة ٥٤/٢٣ من التقنين المدني السابق تقضي ، فيما يتعلق بحق المجرى ، بدفع التعويض مقدماً . فكانت المحكمة تقضي بدم جواز البدء بأعمال الإنشاء قبل دفع التعويض ، وبأن المالك الحق في رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة لمنع المصلحة في الأعمال التي بدأت قبل ذلك (استئناف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥٠ ص ١٧٧) ، وبأن وجوب دفع التعويض مقدماً يتعارض مع جملة مرتبا سنويا (استئناف مخطوط ٧ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٥) .

(٢) انظر عكس ذلك محمد عل عرفة فقرة ٢١٤ ص ٢٧٢ .

(٣) ولا يكسب حق المجرى أو حق المسيل إلا باتباع هذه الإجراءات . وقد قضت محكمة التقص بأن حق المجرى لا يقتدر لجرد تألوجه القانون على مالك الأرض من السماح بأن يمر في أرضه المياه الكافية لري الألبان البعيدة عن مورد الماء ، بل يجب لذلك أن يتقدم صاحب الأرض الذي يمر به المجرى ، بطلب إلى المحكمة أو جهة الإدارة المختصة لتقرر هذا الحق وبيان الكيفية التي يمكن بها إنشاء المجرى وتحديد التعويض الذي يدفعه مقابل تقرير هذا الحق له ، إذ أن تقرير هذا الحق لا يكون إلا مقابل تعويض عاجل (تقص ملف ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام التقص رقم ١٦٢ ص ١٠٤٣) .

وهذه حالة خاصة لحق المجرى نصت عليها المادة ٥٣ من قانون الري والصرف ، إذ تقول : « إذا تحول النيل عن مجراه حتى تكون بذلك جزيرة صغيرة أو طرح بحر تجاه أرض مقام عليها آلة رافعة مرخص بها ، ورأت الحكومة بيع الجزيرة أو الأرض أو إيجارها ، فله صاحب الآلة الحق في حفر مسق في الأرض الجديدة لإيصال المياه إلى تلك الآلة ، دون أداء أي تعويض » . انظر في هذه المسألة محمد عل عرفة فقرة ٢١٥ .

٤٥٤ — نفع المنتفعين بالمصرف — إحصاء : بقى مما سبقت الإشارة

إليه حالة ما إذا كان حق المسيل قد تقرر على مصرف خاص للمالك ، فأصبح المنتفع بهذا المصرف كل من المالك الذى أنشأه والجار الذى حصل على حق المسيل . وقد رأينا أن المادة ٨١١ مدنى تنص على أنه : « إذا لم يتفق المنتفعون بمسقة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية ، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم » . وقد سبق بيان ذلك فيما يتعلق بالمسقة الخاصة^(١) ، وما ذكرناه فى هذا الشأن ينطبق على المصرف الخاص . فقد يكون هذا المصرف ملكا لأشخاص متعددين اشتركوا جميعا فى إنشائه ، أو يكون ملكا لواحد منهم والباقي ينتفعون به بموجب حق المسيل . وفى جميع الأحوال يلزم المنتفعون بالقيام بالإصلاحات الضرورية للمصرف وتطهيره وصيانته وحفظ جسوره . ونقول المادة ١١ من قانون الرى والمصرف فى هذا الصدد كما رأينا^(٢) : « أصحاب الأراضى المنتفعة بالمساق والمصارف الخاصة مكلفون على نفقتهم بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة » . ويكون ذلك بنسبة ما يملكه كل منهم من الأراضى التى تنتفع بالمصرف . ويجوز لأى من المنتفعين ، سواء كان هو المنشئ للمصرف أو كان من المنتفعين بموجب حق المسيل ، أن يجبر الآخرين على ذلك إذا امتنعوا عن القيام بهذا الالتزام .

وقد تكفلت المادة ١٢ من قانون الرى والمصرف ببيان الإجراءات التى تتبع لإلزام المنتفعين القيام بهذا الواجب ، وقد سبق بيان ذلك فيما يتعلق بالمسقة الخاصة^(٣) ، وما ذكره هناك ينطبق هنا .

٤٥٥ — مسؤولية مالك المروى أو المصرف — نص قانونى : تنص

المادة ٨١٠ مدنى على ما يأتى :

« إذا أصاب الأرض ضرر من مسقة أو مصرف يمر بها ، سواء أكان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور ، فإن المالك الأرض أن

(١) انظر أيضا فقرة ٤٤٩ .

(٢) انظر أيضا فقرة ٤٤٩ .

(٣) انظر أيضا فقرة ٤٤٩ .

يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر^(١) .

والمفروض هنا أن الجار هو الذى أنشأ المروى فى أرض المالك بموجب حق المجرى ، أو أنشأ المصرف بموجب حق المسيل . فعليه أن يقرم على تفقته بتطهير المروى أو المصرف ، وصيانته ، وحفظ جسوره فى حالة جيدة (م ١١ رى وصرف) . فإذا قصر فى ذلك ، وأصاب أرض المالك التى شق فيها المروى أو المصرف ضرر ، كأن تلفت زراعته من جراء انسياب المياه لسوء حالة الجسور أو امتنع عليه الزرع أو نحو ذلك ، كان على الجار صاحب المروى أو المصرف أن يعرض المالك عن الضرر الذى أصابه ، وفقاً لتقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية^(٢) .

ويقترن بالتعويض التقلى تعويض عيى . فقد نصت المادة ١٢ من قانون الرى والصرف كما رأينا^(٣) على أنه : « إذا لم يقرم أصحاب الأراضى بإجراء ما هو مبين فى المادة السابقة (التطهير والصيانة وحفظ الجسور) ، جاز لمفتش الرى ، بناء على تقرير الباشمهندس أو على شكوى من ذى شأن ، أن يكلفهم بتطهير

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٧٤ من المشروع المتهنى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة للراجعة تحت رقم ٨٧٩ فى المشروع التالى . ثم وافق عليه لمس النواب تحت رقم ٨٧٨ ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٠ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٤٠ - ص ٤١) .

ولا مقابل للنص فى التفتين المدنى السابق . ولكن انظر المادة ١٦ من لائحة القرع والجسور . ويقابل النص فى التفتينات المدنية العرية الأخرى :

التفتين المدنى السورى لا مقابل .

التفتين المدنى الليبى م ٨١٩ (مطابق) .

التفتين المدنى العراقى م ١/١٠٥٨ /المادة الأشيرة (مطابق) .

قانون الملكية العقارية البانى لا مقابل .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهنى فى هذا الصدد : « فاللادة .. تولى الجار الذى ترتب على أرضه حق رى أو مسيل ، فلهابه ضرر من المساقاة أو المصرف الذى يمر بأرضه ، الحق فى أن يطلب تعويضاً كاملاً من يتطع هذه المساقاة أو المصرف ، سواء نشأ الضرر من عدم التطهير ، أو من سوء حالة الجسور ، أو من أى سبب آخر يوجب إلحاً على المالك المتطع (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٤٥) .

(٣) انظر أيضاً فقرة ٤٤٩ .

المساقاة أو المصرف أو بإزالة ما قد يعترض سير المياه من عوائق أو أشجار أو خلافه، أو بصيانتها ، أو بترميم جسورها، أو بإعادة إنشاء الجسور . في موعد معين ، وللإقام التفتيش بإجراء ذلك . وتحصل التفتقات بالطرق الإدارية من أصحاب الأراضي ، كل بنسبة مساحة أرضه التي تنفع بالمساقاة أو بالمصرف ، ويحسب ضمن هذه التفتقات قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بتأثير التطهير^(١) .

المبحث الثاني

التلاصق في الجوار

١٥ - وضع الحدود

٤٥٦ - نص قانوني : تنص المادة ٨١٣ مدني على ما يأتي :

« لكل مالك أن يجهز جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما »^(٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن تقنين المرافعات

(١) ويمكن أيضاً تطبيق المادة ٢١ من قانون الري والمصرف ، فقد رأيناها (انظر ألفا فقرة ٤٤٤ في الهامش) تقول : « إذا رأى مفتش الري ، بناء على تقرير الباشمهندس أو شكوى من ذوى الشأن ، أن أحد المصارف أو المساق الخاصة أصبح حديم الفائدة أو مضرراً ، وأمكن الاستثناء عنه لوجود طريق آخر لري أو مصرف ، جاز له أن يصدر قراراً بهد أو إبطال تلك المساقاة أو المصرف ، أو منع الضرر إذا لم يمكن الاستثناء عن المساقاة أو المصرف ، وألزم أصحابها بتنفيذ القرار في موعده مدين ، وإلا جاز لتفتيش إجراء ذلك على نفقتهم » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨١ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس هذه اب تحت رقم ٨٨٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ قال أحد أعضاء اللجنة إنه ينبغي أن يكون هناك تمازج بين هذا النص وما يجري عليه العمل في مصلحة المساحة من حيث تحديد الملك . فرد عليه مندوب الحكومة بأنه ليس هناك تمازج ، لأن النص يقرر حق فصل الحدود ، أما فيما يخص بالتنفيذ فيرجع إلى الأوضاع التي يقررها القانون ، وإلى أن يوضع القانون الخاص بذلك فرجع الأمر إلى القضاء . فوافقت اللجنة على النص تحت رقم ٨١٣ ، وأقر مجلس الشيوخ النص كما وافقت عليه لجنة (حصة الأعمال التشريعية ٦ ص ٥٣ - ص ٥٥) .

السابق كان يفترض وجود دعوى تعيين حدود العقار ، فيجعلها من اختصاص القاضى الجزئى مهما بلغت قيمة العقارات المطلوب تعيين الحدود بينها (م ٢٦ / ٢٩ مرافعات^(١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : لا مقابل فى التقنين الملى السورى - وفى التقنين الملى الليبى م ٨٢٢ - وفى التقنين الملى العراقى م ١٠٦٠ - ولا مقابل فى قانون الملكية العقارية اللبنانية^(٢) .

والمفروض هنا أن أرضين غير مبنتين متلاصقتان^(٣) ، وهما مملوكتان ملكية خاصة^(٤) لمالكين مختلفين^(٥) . ويريد أحد المالكين أو كلاهما وضع حدود فاصلة ما بين أرضيهما ، حتى تتميز كل أرض عن الأخرى . ووجه

(١) ويقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى فى هذا الصدد : هـ لم يفرغ التقنين الحال (السابق) لالتزام الجيران بوضع حدود ما بين أملاكهم المتلاصقة . ولكن تقنين المرافعات (م ٢٦ / ٢٩) جعل الدعاوى المتعلقة بوضع الحدود من اختصاص القاضى الجزئى ، فافتراض وجودها ، وتسيقا للتتبع نص المشروع على هذا الالتزام « (مجموعة الأعمال التفسيرية ص ٥٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين الملى السورى لا مقابل .

التقنين الملى الليبى م ٨٢٢ (مطابق) .

التقنين الملى العراقى م ١٠٦٠ : لكل مالك أن يسور ملكه ، على ألا يمنع ذلك من استعمال حق لعقار مجاور . وله أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التجديد شركة بينهما . (والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى) .
قانون الملكية العقارية اللبنانية لا مقابل .

(٣) أو أن هناك أرضين مبنتين مع فناء لكل أرض ، والفنائان متلاصقان . ولا يمنع التلاصق أن يكون الأرضان مفصولتين بطريق خاص ، ولكن يمنع أن تكونا مفصولتين بطريق عام أو بحرى ماء عام (أوبرى ورو ٢ بقرة ١٩٩ ص ٢١٦ - بوردى وشوفو بقرة ٩٠٨ - عبد المنعم البدرأوى بقرة ٩٣ ص ١١٩ - محمد على حرقه بقرة ٢٣٩ مكررة ص ٣٠٥ - ص ٣٠٩ - عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٨٨ ص ١٣٢ - منصور مصطفى منصور بقرة ١١ ص ٢٢) .

(٤) انظر فى التلاصق مع الأملاك العامة ما على بقرة ٤٦٠ .

(٥) ويكون المالكان مختلفين حتى لو كانت إحدى الأرضين مملوكة لها على الشيوخ وكانت الأرض الأخرى ملكا خاصا لأحدهما (انسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ *Bornage* بقرة ٣٦) .

أن وضع الحدود قيد على الملكية هو أن كل مالك من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة في هذا العمل ، فتتحدد بذلك حرته في ملكه بعد أن كان حراً في تحديد هذا الملك أو في عدم تحديده ، وذلك ما لم يراض المالكان ويتفقا وديا على وضع الحدود . فهناك إذن اتفاق ودى على وضع الحدود ، فإن تعذر هذا الاتفاق ، إما لرغبة أحدهما في تجنب نفقات التحديد أو لخشيته من ظهور زيادة في ملكه يكون قد اغتصبها أو لغير ذلك من الأسباب ، جاز للمالك الآخر أن يرفع على المالك الأول دعوى تعيين الحدود .

٤٥٧ - اتفاق وديا على وضع الحدود : قد يتفق ، كما قدمنا ، المالكان المتلاصقان على وضع الحدود ما بين أرضيهما ، وديا لا عن طريق القضاء . فيكونان متفقين أولاً على ملكية كل منهما لأرضه ، ومساحة الأرض التي يملكها ، ولكنهما غير مستوفيين من الحدود الفاصلة ما بين أرضيهما ، فيريدان الاستيثاق من ذلك ووضع علامات ظاهرة لتبين هذه الحدود . فيتفقان على خبير ، عند الاقتضاء ، يقوم بمسح أرض كل منهما من واقع مستندات الملك ، ويرسم الحدود الفاصلة ما بين الأرضين ، ويضع علامات ظاهرة لتبين هذه الحدود . ويعرر بذلك محضر تحديد (procès-verbal d'abornement) يوقع عليه المالكان ويكون ملزماً لهما ، ويرجعان إليه لإعادة علامات التحديد إذا انطمت هذه العلامات (١)

ويعتبر محضر التحديد الذي وقعه المالكان عقداً فيما بينهما ، فهو ملزم لهما كما قدمنا ، ولا يطعنان فيه إلا بما يطلعن به على العقد . فيجوز بوجه خاص أن يطعنا فيه بالإبطال ، لنقص في الأهلية . أو لعب في الرضاء من غلط (٢) أو تدليس أو إكراه .

٤٥٨ - دعوى تعيين الحدود - ضمايتها : دعوى تعيين الحدود

(١) كذلك يقع وضع الحدود عندما يكون العقار لا لتقل الملكية ، فتتخذ تتخذ إجراءات التسجيل ، ويمهد لما انتقل حال المساحة إلى العقار وسمه ووضع حدوده من طريق دق قلمة من الحديد في شكل وقد في نهاية كل حد من الحدود الأربعة .

(٢) كما إذا كشفت حدود قديمة لم يكن يعرفها الطرفان ، وهي مخالفة للحدود الجديدة (تولوز ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت باليه ١٩٢٩ - ٢ - ٩٨١ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ فقط Bormage فقرة ٤٧) .

دعوى عينية عقارية^(١) . إذ هي تتعلق بقيد أو بفتح عيني على عقار ليس بفتح ارتفاق^(٢) كما قدمنا . وهي دعوى غير قابلة للتقادم ، مادام سببها قائماً وهو التلاصق ما بين الأراضي المتجاورة^(٣) . ولكننا سرى^(٤) أنه إذا انطلمت الحدود التي تعينت ومضى على انقاسها خمس عشرة سنة ، تقادمت دعوى إعادة هذه الحدود إلى أصلها ووجب رفع دعوى من جديد بتعيين الحدود . كذلك إذا قامت حيازة متعارضة مع الحدود التي تعينت ، جاز كسب ما يتعارض مع هذه الحدود بالتقادم المكسب . وتختلف دعوى تعيين الحدود عن دعوى الاستحقاق وعن دعوى الحيازة .

تختلف عن دعوى الاستحقاق في أن ملكية الأراضي المتلاصقة ليست محل نزاع بين أطراف الدعوى ، وكل ما يطلب فيها هو تعيين الحدود الفاصلة ما بين هذه الأراضي ، لا تثبيت ملكية أرض أو جزء من الأرض لأحد المتخاصمين كما هو الأمر في دعوى الاستحقاق . فإذا ما تخلل دعوى تعيين الحدود نزاع جدى على ملكية الأراضي المتلاصقة أو على ملكية بعض أجزائها فإن الدعوى تتحول إلى دعوى استحقاق وتصبح من اختصاص محكمة أخرى كما سرى . والحيازة لا تلعب دوراً كبيراً في دعوى تعيين الحدود ، في حين أنها تلعب دوراً بالغ الأهمية في دعوى الاستحقاق على ما رأينا . فالحائز في دعوى الاستحقاق هو المدعى عليه ، وغير الحائز هو الذى يتحمل عبء الإثبات . أما في دعوى تعيين الحدود ، فكل من الطرفين مدعى ومدعى عليه^(٥) ، ومن ثم يكلف كل منهما بإثبات ملكيته . ويكون ذلك لا عن طريق مستندات التملك والحيازة فحسب ، بل أيضاً عن طريق العلامات الظاهرة في الأرض ، وموقع الأرض ، وشكلها وتدرجاتها ، مما لا يتعد به في دعوى الاستحقاق

(١) محمد كامل هـ سى ١ فقرة ٣٤٤ ص ٤٥١ .

(٢) وحق اللذين يعتبرون تيوب الملكية حقوق ارتفاق يفتقون هنا ، ويعتبرون الالتزام بوضع الحدود التزاماً قانونياً وليس بحق ارتفاق ، لأن حق الارتفاق لا يمكن أن ينطوى على حمل إيجابى (شفيق شحاتة فقرة ٣٩٣) .

(٣) (٣) أوبر ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٩ - ص ٣٢٠ - بودى وشوفو فقرة ٩١٧ .

(٤) انظر مايل فقرة ٤٦٢ .

(٥) بودى وشوفو فقرة ٩٠٣ .

إذا تعارض مع الحيازة . ودعوى تعيين الحدود من اختصاص القضاء الجزئى كما سئرى ، أما دعوى الاستحقاق فهى من اختصاص القضاء الكلى أو القضاء الجزئى بحسب قيمتها .

وتختلف دعوى تعيين الحدود عن دعوى الحيازة فى أن المطلوب فى دعوى الحيازة هو تثبيت الحيازة مؤقتا للحائز الذى توافرت فيه الشروط إلى أن ترفع دعوى الاستحقاق ، فهى دعوى تمهيدية لهذه الدعوى الأخيرة . وترفع دعوى الحيازة فى مواعيد معينة لا بد من مراعاتها ، وإلا كان قبولها غير جائز . أما دعوى تعيين الحدود فلا شأن لها بالحيازة ، بل إن الحدود التى تعين قد تكون متعارضة مع الحيازة . وليست دعوى تعيين الحدود بدعوى تمهيدية لدعوى الاستحقاق ، بل على النقيض من ذلك دعوى الاستحقاق هى التمهيد لدعوى تعيين الحدود . فإذا ما استقرت الملكية لكل من المالكين المتلاصقين حيث الحدود الفاصلة ما بين أرضيهما طبقا لما استقر عليه أمر الملكية . وليس هناك ميعاد لرفع دعوى تعيين الحدود ، فهى ترفع فى أى وقت ، وقد قدمنا أنها غير قابلة للتقدم .

٤٥٩ - **الحكمة المنهجة بدعوى تعيين الحدود :** نصص المادة ٤٦ من تقنين المرافعات على أن « تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى ، وانتهائيا إذا لم تتجاوز قيمتها خمسين نجنيا فيما يأتى : (د) دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات المقررة بالقوانين واللوائح أو العرف فيما يتعلق بالأبنية أو المنشآت الضارة أو الغرس ، إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع ... » .

ويخلص من هذا النص أن دعوى تعيين الحدود ، إذا لم تكن الملكية فيها محل نزاع ، تكون من اختصاص القضاء الجزئى ، مهما تكن قيمة الأراضى المتلاصقة المطلوب تعيين الحدود الفاصلة فيما بينها . فقد تبلغ هذه القيمة مقدارا كبيرا . ومع ذلك تبقى دعوى تعيين الحدود من اختصاص القاضى الجزئى ، بل ويكون حكمه فيها نهائيا إذا لم تتجاوز قيمة الأراضى - وهذا نادر - خمسين نجنيا ، فإذا تجاوزت هذا المقدار كان حكم القاضى الجزئى ابتدائيا يستأنف أمام المحكمة الكلية . والسبب فى النزول بالاختصاص إلى أدنى مراتبه هو أن دعوى

تعيين الحدود لا تتعرض لنزاع في الملكية كما قلنا ، إذ المفروض أن الملكية ثابتة ، وكل ما ثبت فيه المحكمة هي مسألة مادية يمكن في يسر بالاتجاه إلى خبرة مهندس المساحة التحقق منها . وهي التعرف على المعالم والحدود الفاصلة ما بين أرضين متلاصقتين . ووضع علامات بارزة لهذه الحدود . وتحرير محضر بالتحديد . وتكون المحكمة الجزئية المختصة هي المحكمة الكائن في دائرتها الأراضي المتلاصقة .

وقد استقر القضاء الفرنسي في دعوى تعيين الحدود^(١) على أن يشمل اختصاص قاضي الصلح^(٢) لا تعيين الحدود فحسب ، بل أيضاً فحص الحدود غير الثابتة وتثبيتها يمكن تثبيته منها بالرجوع إلى مستندات التملك ووثائق الدعوى ومسح الأراضي . بل تمتد اختصاصه إلى أبعد من ذلك . فيقسم ما يحده ، بعد مسح الأراضي . من عجز أو زيادة في المساحة بين المالكين المتلاصقين بعد أن يرجع في ذلك إلى المساحات المبينة في مستندات التملك^(٣) . ويبقى للقاضي هذا الاختصاص حتى لو تملك أحد طرفي الدعوى بالحيازة القائمة لتعيين الحدود ، فإن التملك بهذه الحيازة لا يعتبر نزاعاً في الملكية^(٤) ، كما لا يعتبر نزاعاً في الملكية مجرد الاختلاف على تطبيق مستندات التملك دون أن يكون هناك نزاع على هذه المستندات ذاتها^(٥) . بل إن النزاع في الملكية ذاته لا يعتد به ، إذا لم يستند هذا النزاع إلى سند للتملك أو إلى التقادم^(٦) . أما إذا نازع أحد الطرفين ، مستنداً في ذلك إلى سند أو إلى التقادم . في ملكية

(١) انظر في ذلك بلانول وديير وبيكار ٣ فقرة ٤٤٠ .

(٢) وهو ما يقابل عندنا القاضي الجزئي - ويسمى الآن *juge d'instance*

(٣) نقض فرنسي ١٠ أبريل سنة ١٨٦٦ سيريه ١٦٦ - ١ - ٢٨٩ - ٢ أغسطس سنة ١٨٧٥

سيريه ٧٦ - ١ - ١١ - بودوي وشوفو فقرة ٩١٣ .

(٤) نقض فرنسي ١٢ فبراير سنة ١٨٧٩ سيريه ٧٩ - ١ - ١٧٦ - ١٦ مارس سنة

١٨٨٠ سيريه ٨٠ - ١ - ٣٦٧ .

(٥) نقض فرنسي ١٢ يه ثيه سنة ١٨٦٥ سيريه ٦٥ - ١ - ٣٠٧ - أوبري ورو ٢

فقرة ١٩٩ ص ٣٢٤ .

(٦) نقض فرنسي ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٨ - ١ - ٤٤٨ - ٢٦ مايو

سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٥ - ١ - ٧٦ - ١٥ مارس سنة ١٩٢١ جازيت دي پال ١٩٢١ - ١ -

٥٢٢ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٢٢٥ - بودوي وشوفو فقرة ٩١٥ - مارك ودينو

فقرة ٢٥ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ .

دعوى تعيين الحدود هو إقامة حدود ثابتة بين أرضين غير مبينتين متلاصقتين ،
 مملوكتين ملكية فردية للمالكين مخطفتين^(١) . ويطلب أن تكون الأرضان المتلاصقتان
 من الأراضي الزراعية أو الأراضي القضاء ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن
 توضع حدود فاصلة ما بين أرضين مبينتين على أن تكونا منبئتين بفنائين هما
 المتلاصقان أو بأرض عراء^(٢) . وقيام سور أو خندق أو أى حاجز آخر ما بين
 الأرض لا يمنع من بقائهما متلاصقتين ، فيجوز طلب وضع الحدود بينهما ،
 ما لم يكن هذا الحاجز قد أقيم بناء على تعيين سابق للحدود لا يزال حافظا أثره ،
 فعند ذلك لا تجوز إعادة التبيين^(٣) . كذلك لا يمنع التلاصق ، فيجوز طلب
 وضع الحدود ، أن يتوسط الأرض طريق خاص لمالك لأحد المالكين أو
 لمالكين ، أو أن يتوسط مروي ماء صغير من اليسار أن
 يتغير مجراه^(٤) . أما إذا توسطت الأرض مجرى ماء كبير ثابت ، فإن هذا المجرى
 يكون حدا فاصلا طبيعيا ، ولا حاجة بعد ذلك إلى تحديد آخر^(٥) . كذلك
 لا تكفى هناك حاجة إلى تحديد آخر إذا فصل الأرضين طريق عام ، فإن هذا
 الطريق يكون هو الحد الفاصل^(٦) . وإذا كانت الأرض ملاصقة للأمالك
 العامة أو للوحدات العامة ، فإن جهة الإدارة هى التى تعين حدود الملك العام
 بقرار يصدر منها لا عن طريق دعوى بتعيين الحدود ، ولصاحب الأرض
 للملاصقة أن يطعن فى قرار الإدارة بالإلغاء أمام القضاء الإدارى ، وله أن
 يطلب التصويص أمام المحاكم العادية^(٧) .

- (١) نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٤ - ١ - ٨٩٥ .
- (٢) نقض لى ٤ مارس سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ١٨٣ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٨ - ٩٥ - أروى وور ٢٠٧٩ - ١٩٩ - ٢١٦ - بودرى وشوفر ٢٠١٠ - ٩١٠ - مارتى وريتر ٢٥٧ - ٢٧٢ - محمد على عرفة ٢٣٩ مكررة ص ٢٠٦ - محمد كامل مرسى ١٤٤ - ٢٤٤ - ٤٥١ - عبد اللطيف البدرى ٩٢ - ١٢٠ .
- (٣) نقض فرنسي ١٤ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٧٨ .
- (٤) نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٣٢ .
- (٥) نقض فرنسي ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٣٥٣ .
- (٦) نقض فرنسي ٦ نوفمبر سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ - ١ - ٤٢٧ .
- (٧) محمد كامل مرسى ٢٤٤ - ٤٥١ - محمد على عرفة ٢٣٩ مكررة ص ٢٠٧ - عبد اللطيف فرج البسة ٢٤٤ - ١٣٢ - والنظر فى لقانون لفرنسي والقضاء فى فرنسا بلا قبول حدود ويكار ٢ - ٤٢٥ .

ولم ي من المالكين المتلاصقين أن يكون طرفا في دعوى تعيين الحدود : فيجوز لكل منهما أن يرفع هذه الدعوى على الآخر^(١) . وكما يجوز للمالك أن يكون طرفا في الدعوى . كذلك يجوز لصاحب حق الانتفاع والمحتكر ولناظر الوقف أن يرفعوا دعوى تعيين الحدود^(٢) . ولكن لا يجوز للمستأجر ولا للمزارع أن يرفع هذه الدعوى ولا أن يدخل طرفا فيها ، فإن حقه شخصي فليست له صفة في دعوى عينية . كدعوى تعيين الحدود^(٣) . ولما كانت هذه الدعوى من أعمال الإدارة . فتكفي أهلية الإدارة في انتقاض . ويجوز للولي أو الوصي أو التميم أو الوكيل وكالة عامة أو ناقص الأهلية إذا كان مملك أعمال الإدارة أن يرفعها أو ترفع عليه . وذلك ما لم تختلط بنزاع في الملكية فعند ذلك يجب أهلية التصرف^(٤) .

٤٦١ - عمليات التمهير : هناك عمليتان رئيسيتان ، يتلوهما عمليتان تنفيذيتان . فالعمليتان الرئيسيتان هما : (أولاً) فحص سندات التملك للأسماء من مساحة الأراضي المتلاصقة المذكورة في هذه السندات : وليس من الضروري

(١) ويجوز للمالك على الشيوع أن يرفع دعوى تعيين الحدود ولو لم يشترك معه في رفع الدعوى شركاؤه في الشيوع (بودري وشوفو فقرة ٩٠٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ **Bornage** فقرة ٥٢) .

(٢) وفي حالة صاحب حق الانتفاع والمحتكر . يجب على الجار المنتصق إدخال صاحب الرقعة أو المحتكر خصما في الدعوى حتى يكون الحكم حجة عليه (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٩٣٨ - محمد علي عرفه فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٣٠٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٨ ص ١٢٢) . أما صاحب حق الارتفاق فلا صفة له في رفع دعوى تعيين الحدود (نقض فرنسي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٨ سيه ١٩٤٩ - ١ - ١٤ - ماري وريينو فقرة ٢٥٧ ص ٢٧١ هامش ١ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ **Bornage** فقرة ٥٢) .

والدالتن المرتين ومن حيابة له صفة في رفع دعوى تعيين الحدود على أساس أن له حقا عينيا في القناتون المصري ، ويدخل المالك خصما في الدعوى حتى يكون الحكم في مواجهته (ديمولومب ١١ فقرة ٢٥٧ - بودري وشوفو فقرة ٩٠٥ ص ٦٣٥ - دي باج وكرتز فقرة ٩٥٨ ص ٨٤٧ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ هامش ١٣ - منصور مصنف منصور فقرة ١١ ص ٣٢ - عكس ذلك محمد علي عرفة فقرة ٣١٩ مكررة ص ٣٠٦) .

(٣) بودري وشوفو فقرة ٩٠٥ .

(٤) انظر في القناتون الفرنسي بودري وشوفو فقرة ٩٠٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٦ .

أن تكون هذه السندات مشتركة بين أطراف الدعوى . ويقرن بذلك معاينة الأرض على الطبيعة . للتعرف على أوضاعها وشكلها ومن هي تحت حيازته والعلامات المادية الموجودة فيها . (ثانياً) مسح الأراضي المتلاصقة للاستيثاق من مساحتها الحقيقية . وما عسى أن يوجد فيها من زيادة أو نقص . وقد يستلزم الأمر . بناء على طلب أطراف الدعوى أو بناء على أمر القاضي من تلقاء نفسه ، مسح أراض أخرى مجاورة إذا وجد عجز في مساحة الأراضي المتلاصقة . فقد يتبين أن هذا العجز موجود فيها : وبخاصة إذا كانت هذه الأراضي المجاورة هي والأراضي المتلاصقة مجموعاً واحداً ثم قسم بعد ذلك . وليس لأصحاب الأراضي المجاورة أن يحتجوا بعدم تلاصق أراضيهم بالأراضي المطلوب تحديدها^(١) .

والعملتان التنفيذيتان هما : (أولاً) رسم الحدود الفاصلة ما بين الأراضي المتلاصقة . وإقامة معالم مادية ثابتة لهذه الحدود . وقد نوضع قوالب من الطوب ، ولكن الغالب أن تدق قطعة من الحديد في شكل وتد في نهاية كل حد من الحدود الأربعة ، بحيث إذا مد خط مستقيم بين كل وتدين متقابلين أحاطت الخطوط المستقيمة الأربعة بجميع أطراف الأرض^(٢) . (ثانياً) تحرير محضر تحديد (procès-verbal d'abornement) يثبت فيه اتجاهات الحدود المرسومة بالدقة المستطاعة ، حتى يمكن الرجوع إليه لإعادة معالم الحدود إذا ما انطمست هذه المعالم .

٤٦٢ — محضر التمديد وقرون في الوثائق : ومحضر التحديد يوقعه الطرفان ، وحتى إذا لم يوقعاه فلا بد من تصديق المحكمة عليه . والمحضر الموقع

(١) أوبري، دور ٢، فقرة ١٩٩ ص ٣١٥ — بودري وشوفو، فقرة ٩٠٩ — هلابول وديير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٧ .

(٢) وقد يتبين أن الحدود المتلاصقة هي خطوط متديجة غير مستقيمة ، فيجوز في هذه الحالة تصحيح هذه الخطوط وجعلها مستقيمة عن طريق تبادل أصحاب الأراضي المتلاصقة أجزاء من الأرض كل منهم مع الآخرين . وهذا يقتضي أن يكون أما أن الدعوى قد توافرت على أهلية التصرف فلا تكن أهلية الإدارة ، وأن يكونوا راضين بهذا التبادل فلا يستل به تقاضي ، وأن يدفعوا رسوم نقل الملكية طبقاً لقواعد الفقرة (٤) لانيول وديير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٨ — كاربونيه ص ١٥٥ .

عليه من الطرفين أو المصدق عليه من المحكمة يكون حجة بما جاء فيه على كل من الطرفين : من حيث مساحة كل أرض ومن حيث الحدود الفاصلة بين الأرضين . وقد قدمنا (١) أنه إذا انطلمت معالم الحدود الفاصلة : أو تعمد طمسها أحداً للطرفين ، فإنه يجوز لصاحب المصلحة أن يطلب إعادة معالم الحدود كما كانت ، وذلك من واقع محضر التحديد . ويجوز أيضاً لصاحب المصلحة أن يرفع دعوى الحيازة إذا توافرت شروطها لإعادة معالم الحدود ، وعلى من يعنيه الأمر أن يرفع دعوى الموضوع .

ومع ذلك يقدح محضر التحديد قيمته إذا تغيرت معالم الحدود أو انطمست ومضى على تغيرها أو انطامسها خمس عشرة سنة . إذ تسقط دعوى إعادة الحدود إلى ما كانت عليه بالتقادم المسقط . ويجب في هذه الحالة رفع دعوى من جديد بتعيين الحدود . وقد تعين الحدود الجديدة على غير الصورة التي عينت بها الحدود القديمة . فقد يتفق أن أحد الطرفين أو أجنبياً يكون قد وضع يده على جزء من الأراضي المتلاصقة وأن يكون قد ملكه بالتقادم المكسب ، فتعين الحدود الجديدة عندئذ بما يتفق مع هذا الوضع الجديد (٢) .

ومحضر التحديد إذا وقع عليه الطرفان يكون عقداً ملزماً لكل منهما ، ولكن يجوز لأي من الطرفين أن يطعن في المحضر بما يظن به في أي عقد ، وبخاصة بالإبطال للغلط (٣) . أما الحكم القاضي بالتصديق على المحضر : فيطعن فيه بوجود الطعن في الأحكام (٤) .

٤٦٣ - نفقات التعمير : رأينا (٥) أن المادة ٨١٣ مدني (١) تنص في آخرها على ما يأتي : « وتكون نفقات التحديد شركة بينهما » أي بين المالكين المتلاصقين . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « وقد جعلت نفقات التحديد شركة ما بين الخير ان حلى حسب الرؤوس »

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٦١ .

(٢) أدبوى وردو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٢ - ص ٣٢٣ وحاشي ٣٠ و٣١ - بودري وشوفو فقرة ٩٢١ - بلانيول وبيير ويكار ٣ فقرة ٤٢٩ ص ٤٣٩ - وانظر آتفاً فقرة ٤٥٨ .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٤٥٧ .

(٤) بلانيول وبيير ويكار ٣ فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٩ .

(٥) انظر آتفاً فقرة ٤٥٦ .

ولو اختلفت مساحات الأراضي . ولكن نفقات مسح الأراضي ذاتها تكون على أصحابها ، كل بنسبة مساحة الأرض التي يملكها^(١) .

ويجب التمييز بين أنواع ثلاثة من النفقات .

(النوع الأول) نفقات التجهيد ذاته ، من فحص سندات التملك ، وتطبيقها على الطبيعة ورسم الحدود الفاصلة ووضع معالم مادية ثابتة لها . فهذه النفقات تكون شركة ما بين المالكين المتلاصقين ، وتقسم بينهما مناصفة بحسب الرؤوس .

(النوع الثاني) نفقات مسح الأراضي المتلاصقة ، وهذه تقسم بين المالكين المتلاصقين كل منهما بنسبة مساحة الأرض التي يملكها .
(النوع الثالث) نفقات الدعاوى إذا وقع نزاع في الملكية ، فهذه تكون على من خسر الدعوى طبقاً للقواعد العامة^(٢) .

٤٦٤ — تحويط الملك — إمامته : وإذا كان القانون قد جعل وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة إجبارياً بناء على طلب أى من الملاك ، فإن تحويط الملك من جميع جوانبه بسلك أو بسور أو بسياج أو بنحو ذلك ليس إجبارياً . ونص المادة ١/٨١٨ مدني في صدرها صريح في هذا المعنى ، إذ يقول : وليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه^(٣) وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الحائظ الفاصل^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤ .

(٢) انظر في كل ذلك : نفس فرنسي ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ فاللوز ١٠٩ - ١ - ٢١٢ - ١٧ يونيو سنة ١٩١١ جازيت دي پاليه ١٩١١ - ٢ - ٣١١ - أوبر دور ٢ ققرة ١٩٩ ص ٣٢١ - بوردو وشوفو ققرة ٩١٨ - پلانيول وديبير وبيكار ٢ ققرة ٤٤١ - سارت ورينو ققرة ٢٥٧ ص ٣٧٢ - محمد كامل مرسى ققرة ٣٤٤ - محمد علي مرة ققرة ٤٢٠ - عبد المنعم الجبراي ققرة ٩٣ ص ١٢٠ - حسن كيرة ققرة ٧٥ ص ٢٣٤ - عبد المنعم فرج البدة ققرة ٨٩ ص ١٣٤ - منصور مصطفى منصور ققرة ١١٥ ص ٣٢ .

(٣) ينص المرسوم بقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٤٧ بأن كل ملك الأرض التفتت أو التخرقت أن يقوم بتسويرها إذا رت الإدارة الصحية هذا التسوير حماية لصحة العامة ، وإلا قامت الإدارة بهذا التسوير على نفقة المالك .

(٤) انظر ما يلي ققرة ٦١٠ .

§ ٢ - حق المرور

٤٦٥ - نص قانوني : تنص المادة ٨١٢ مدني على ما يأتي :

١ - مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام : أوالتي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة . له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف . مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام : وذلك في نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً ، وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك .

٢ - على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجميعة عقارات تمت بناء على تصرف قانوني . وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار . فلا يجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء (١) .
ويقابل هذا النص المادة ٦٥/٤٣ من التفتين المدني السابق (٢) .

(١) تاريخ النص : ويرد هذا النص في المادة ١١٧٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . فيما عدا أن عبارة « وذلك في نظير تعويض عادل » الواردة في الفقرة الأولى كانت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « وذلك في نظير تعويض كامل يدفعه مقدماً » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٨٢ في المشروع الثاني . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حلت عبارة « وذلك في نظير تعويض عادل » محل عبارة « وذلك في نظير تعويض كامل يدفعه مقدماً » . وأصبح رقم المادة ٨٨٠ . ووافق عليها لـ الشيوخ تحت رقم ٨١٢ (موجة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧ - ص ٥٣) .

(٢) التفتين المدني السابق م ٦٥/٤٣ : لصاحب الأرض التي ليس لها اتصال بالطريق العمومي الحق في الاستئصال على سبيل من أرض الغير الوصول إلى الطريق المذكور ويكون له حكم بمرحلة المحاكم فيما يتعلق بتعيين ذلك المسلك . وبمقتضى ما يبنى مقدماً من تعويض في مقابلة المسلك المذكور .

ويختلف نص التفتين السابق عن نص التفتين الجديد في مسائل ثلاث : (١) التفتين الجديد أوسع من التفتين السابق في حق المرور من ناحية جواز منحه في التفتين الجديد حتى لو وجد ممر آخر للأرض المحبوسة ولكنه غير كاف ، ومن ناحية أن التفتين الجديد يسلط حق المرور بالقدر اللازم لاستغلال الأرض المحبوسة واستعمالها على الوجه المألوف . (٢) كان التفتين السابق ينص على أن يسلط التعويض مقدماً . أما التفتين الجديد فقد رأينا أن حكم تجميعة التعويض قد حفظه لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب . (٣) نص التفتين الجديد على حالة تجميعة العقار بناء على تصرف قانوني وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار فيكون حق المرور في هذه الأجزاء . ولم يكن هذا الحكم وارداً في التفتين السابق .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري م ٩٧٧ - ٩٧٩ - وفي التفتين المدني الليبي م ٨٢١ - وفي التفتين المدني العراقي م ١٠٥٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧٤ - ١٣٧٦ .

ويتبين من النص المتقدم أن هناك أمراً أساسياً لا بد من قيامه للحصول على حق المرور الذي يقرره القانون قديماً على الملكية . وذلك هو أن تكون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام . والحبس عن الطريق العام يقتضي أن يعطى للأرض المحبوسة ممر إلى هذا الطريق ، لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف . وضرورة إيجاد ممر للأرض المحبوسة يقتضي البحث أين يكون موضع هذا الممر ، فقد وضع القانون لذلك ضوابط معينة . ومضى أعطى لصاحب الأرض المحبوسة ممر يؤدي إلى الطريق العام ، فقد وجب عليه أن يدفع تمويضاً . هذه هي جملة المسائل التي نبحثها فيما يلي (١) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٩٧٧ : ١ - لما لك العقار المحاط من كل جانب والذي لا منفذ له إلى الطريق العام أن يطلب مراً في الأراضي المجاورة ، مقابل دفعه تمويضاً بنسبة الضرر الذي قد يسببه . ٢ - ويعطى نفس الحق مالك العقار الذي ليس له إلا منفذ غير كافٍ لاستثماره استثماراً روائعياً أو صناعياً . م ٩٧٨ : ١ - يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافته من الأرض الخاصة إلى الطريق العام أقصر ما يمكن . ٢ - إنما يجب أن يعين الممر في النقطة التي يسبب فتحه فيها أقل ضرر للمالك الأرض التي يمنح الممر فيها . م ٩٧٩ : ١ - إذا أصبحت الأرض محاطة من كل جانب بسبب تميزتها أثر بيع أو مقايضة أو قسمة أو أي عقد آخر ، فلا يجوز طلب ممر إلا في الأراضي التي تكون هذه المعاملات قد جرت فيها . ٢ - ولكن إذا تقرر فتح ممر كافٍ في الأراضي المقسومة ، فتلحق هذه المادة ٩٧٧ . (وأحكام التفتين السوري تتفق في مجموعها مع أحكام التفتين المصري) . التفتين المدني الليبي م ٨٢١ (مطابق) . التفتين المدني العراقي م ١٠٥٩ (موافق فيما عدا أن التوسيع وهو أجبر سنوى يدفع مقدماً في التفتين العراقي) .

قانون الملكية اللبنانية اللبناني م ٧٤ - ٧٦ (مطابقة المواد ٩٧٧ - ٩٧٩ من التفتين السوري ، وهي موافقة في أحكامها لأحكام التفتين المصري) . وانظر في حق المرور في القانون اللبناني حسن كيرة في الحقوق البنية الأصلية في القانون المدني اللبناني القانون مذكرات على الآلة الكتابية ١٩٦٥ ص ١٠٦ - ص ١١٩ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى لتفتين المدني يتضمن نصين آخرين يعطيان لسلطان الشخص الحق في المرور بأرض الغير .

٤٦٦ - ١. وجود أرضه محبوسة عن الطريق العام : يجب ، حتى يفرض القانون على المالك أن يتحمل مرور الجار في أرضه ، أن تكون أرض الجار أرضاً محبوسة عن الطريق العام . ومعنى كون الأرض محبوسة عن الطريق العام ألا يكون لها منفذ إلى هذا الطريق ، فتكون محاطة من جميع الجوانب بأراضي الجيران ولا سبيل للجار إلى الطريق العام إلا أن يمر في إحدى هذه الأراضي أو في بعض منها . فإن كان له حق ارتفاق بالمروء في أرض من هذه الأراضي المجاورة ، كسبه بتصريف قانوني (عقد أوصية) أو بالمراث أو بالتقادم (وحق المرور بكسب بالتقادم بصريح النص م ٢/١٠١٦ مدني) أو

(النص الأول) هو المادة ١١٧٩ من المشروع التمهيدي ، وكانت تجرى على الوجه الآتي :
« على كل مالك أن يأذن ، في نظير تمويض عادل إذا اقتضى الحال ، لكل شخص ذي مصلحة بأن يدخل ملكه أو يمر فيه ، كلما تبينت ضرورة ذلك الإجراء لقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية لذلك الشخص ، أو لاستعادة أشياء ضالّة ، أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى ، بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ » . وقد أقر النص في لجنة المراجعة وفي مجلس النواب ، ولما وصل إلى لجنة لـس الشيوخ قررت اللجنة حذف « تجنباً للتوسع في قيود الملكية ، واكتفاء بالقواعد العامة التي يقرها المشروع في النصوص الخاصة بسوء استعمال الحق » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٤٨ - ٤٩ في المباحث) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في بخصوص هذه المادة : « وبلا حظ أن تدخل الجار هنا في انتفاع المالك بملكه لم يشرع ليتوق به الجار خطراً داهياً فحسب ، بل شرع أيضاً لائس منفعة كبيرة تعود على الجار هي أعظم بكثير من الضرر الذي يصيب المالك من التدخل . ويجب في كل الأحوال تمويض المالك عما أصابه من الضرر تمويضاً عادلاً » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٥١) -

(النص الثاني) هو المادة ١١٨٠ من المشروع التمهيدي ، وكانت تجر على الوجه الآتي :
« على مالك الأرض الواقعة على الطريق العام ، إذا أصبح المروء في الطريق متضرراً ، أن يسمح بمرور الجمهور في أرضه ، بشرط أن يكون المرور بالتقدير المقول . فإذا نشأ من ذلك ضرر ، وجب على الجهة الإدارية القائمة على شؤون الطرق العامة أن تمويض المالك إذا اقتضى الحال ذلك » . وقد خلقت لجنة المراجعة هذه المادة « لعدم الحاجة إلى الحكم الذي أوردته » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٤٩ - ص ٥٠ في المباحث) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذه المادة : « وواضح أن هذا القرض يقرر فيه حق المروء على أرض المالك لا يخلصة حقاً آخر ، بل لمصلحة الجمهور . فهو يختلف عن القرضين السابقين ، ولكنه لا يزال تطبيقاً لقاعدة الجمهورية التي تجيز التدخل في انتفاع المالك بملكه إذا حقق هذا التدخل مصلحة أكبر بكثير من الضرر الذي أسدته . فهو ، وإن كان لا يمكن أن يوصف بأنه حق ارتفاق ، يعتبر على كل حال قيدا من القيود التي ترد على حق الملكية » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٥١ - ص ٥٢) .

بمخصص رب الأسرة ، فإن أرض الجار في هذه الحالة لا تكون محبوسة عن الطريق العام إذ أن لها منفذاً إلى هذا الطريق كسب الجار بإحدى طرق كسب حقوق الارتفاق . كذلك لا يعتد بانحباس الأرض إذا كان المالك هو الذي حبسها عن الطريق العام بفعله ، كما إذا بنى على أرضه فسد بالبناء المنفذ الذي كان له^(١) . وسنرى تطبيقاً هاماً لذلك عندما نبحث الانحباس الذي ينشأ عن تجمدة الأرض يتصرف قانوني .

وقد لا يكون الجار الإحتق مرور متنازع فيه (litre contestable) أو حرق مرور محمول على التسامح (par suite de la simple tolérance) ، فيصل الجار بفضل هذا الحق أو ذاك إلى الطريق العام . والرأي الغالب أن هذا يكفي لاعتبار الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، مادام الجار يصل فضلاً إلى هذا الطريق دون أن يعترضه أحد^(٢) . ولكن يصح الاعتراض على هذا الرأي بأن

(١) بودري وشوفو ققرة ١٠٥٦ ص ٧٩٤ هامش ١ - بيدان ولواران ٤ ققرة ٥٣٤ - دي باج ققرة ١٣٦ ص ٤٨٣ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٧٧ - مارق وريينو ققرة ٢٨٨ - محد كامل مرسى ١ ققرة ٣٢٧ - توفيق شحاتة ققرة ٣٦٠ ص ٣٥٥ - عبد المنعم البدراني ققرة ٣٢٨ ص ٣٨٤ - إسحاق خانم ققرة ٥٥ ص ١١٦ - حسن كيرة ققرة ٧٢ ص ٢٢٣ - عبد المنعم فرج البصة ققرة ٧٧ ص ١١٨ - منصور مصطفى منصور ققرة ٣٢ ص ٧٤ - ص ٧٤ .

وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ، حتى لو ترك المالك حق ارتفاق بالمرور وكان ثابتاً له يزول بعدم الاستعمال (نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٦ - ١ - ٢٥٦ - بيدان ولواران ٤ ققرة ٥٣٤ ص ٥٨١ - كولان وكايتان وصي لاموراندبيير ١ ققرة ١٠١٥ ص ٨١٦ هامش ١ - عكس ذلك إسحاق خانم ققرة ٥٥ ص ١١٧ - عبد المنعم فرج البصة ققرة ٧٧ ص ١١٩ - وقانون منصور مصطفى منصور ققرة ٣٢ ص ٧٤ - ص ٧٥ ويرى أنه إذا تبين أن عدم الاستعمال كان بسبب تغيير المالك استغلال الأرض ، فلا يحرم المالك من حق المرور القانوني) .

أما إذا نزل إلباك من حق ارتفاق بالمرور كان ثابتاً له ، فإنه يفقد حقه في المطالبة بحق المرور القانوني (إسحاق خانم ققرة ٥٥ ص ١١٦ - ص ١١٧) .

(٢) نقض فرنسي ٢٧ فبراير سنة ١٨٣٩ ص ٢٩٩ - ١ - ١٩٣ - ١٥ يوليو سنة ١٨٧٥ ص ٧٥ - ١ - ٤١٩ - أو - ورو ٣ ققرة ٢٤٣ ص ٢٧ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٧٦ ص ٩٠٢ وققرة ٩٧٧ - مارق وريينو ققرة ٢٨٨ - محد كامل مرسى ١ ققرة ٣٢٣ ص ٤٣١ - توفيق شحاتة ققرة ٣٦٠ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - محد علي مرقعة ققرة ٢٣١ ص ٢٩٢ - عبد المنعم البدراني ققرة ٣٣٨ ص ٣٨٢ - إسحاق خانم ققرة ٥٥ ص ١١٦ - حسن كيرة ققرة ٧٢ ص ٢٣١ (فيما يتعلق بالحق المتنازع فيه) - منصور مصطفى منصور ققرة ٣٢ (فيما يتعلق بالحق المتنازع فيه) - عبد المنعم فرج البصة ققرة ٧٤ ص ١١٧ .

حق المرور المتنازع فيه لا يستطيع أن يطمئن له الجار إذ قد يتضح أنه لا يملك هذا الحق فيبقى مركزه مزعوماً معلقاً على نتيجة البت في النزاع . وبأن حق المرور المحمول على التسامح مكرمة قد يرجع فيها المالك للتسامح وقد لا يريد الجار حل هذه المكرمة في عتقه مدة طويلة . فيجب إذن عدم الاعتداد بحق المرور المتنازع فيه أو المحمول على التسامح . والقول بأن الأرض تعتبر محبوسة عن الطريق العام بالرغم من قيام هذا النوع من حق المرور^(١) . وفيما يتعلق بحق المرور المتنازع فيه : ينبغي ألا ترفض دعوى الجار المطالب بحق المرور القانوني . ولكنها توقف ويتوقف مصيرها على البت في النزاع . فيكلف الجار برفع الأمر إلى القضاء في شأن حق المرور المتنازع فيه . فإن كسب الدعوى خسر دعوى المطالبة بحق المرور القانوني . ويكسب هذه الدعوى الأخيرة إن خسر الدعوى الأولى .

وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام . حتى لو كان لها منفذ يؤدي إلى رفاً لسفن لا يصلح إلا لهذا الغرض . فالمرء وإن كان ملكاً عاماً . إلا أنه لا يعتبر طريقاً عاماً^(٢) .

وليس من الضروري . حتى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام . ألا يكون لها أي منفذ يؤدي إلى هذا الطريق . بل إنها تعتبر محبوسة . حتى لو كان لها ممر ولكنه غير كاف . ويعتبر الممر غير كاف لأن يؤدي إلى الطريق العام . كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدني فيما رأينا . إذا كان لا يتيسر لملك الأرض « الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة » . فإذا كانت الأرض قد شيد فوقها مصنع مثلاً . وكان الممر إلى الطريق العام لا يتسع إلا لمرور الراجلين فلا تستطيع العربات أن تمر فيه ، وكان المصنع في حاجة إلى عربات لنقل منتجاته . فإن الممر يعتبر غير كاف في هذه الحالة . بل يعتبر أيضاً غير كاف حتى لو أمكن للعربات المرور فيه ولكن بمشقة كبيرة .

(١) انظر في هذا المني بودري وشوثر فقرة ١٠٤٧ - وفيما يتعلق بحق المرور المحمول على التسامح انظر في هذا المني أيضاً حسن كبيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ - بنيسور - مصطن منصور فقرة ٣٢ ص ٧٥ .

(٢) انظر أوبري دور ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٣٥ - ص ٢٦ - بودري وشوثر فقرة ١٠٤٥ ص ٧٨٢ - بلانويل وبيير وبيكار ٢ فقرة ٩٢٦ ص ٩٠٣ - ص ٩٠٤ .

وحق لو أمكن توسيعه ولكن بنفقات باهظة . أما إذا كان المرير يكتفى لمرور العربات فيه دون مشقة كبيرة أو نفقة باهظة . فإن الأرض لا تعتبر محبوسة عن الطريق العام ، حتى لو كان المرير غير مريح أو كان طويلاً أو كان يحتاج في تعبيده إلى نفقة غير باهظة^(١) .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيها إذا كانت الأرض لا منفذ لها إلى الطريق العام أو لا منفذ غير كاف ، ومن ثم تعتبر أرضاً محبوسة^(٢) . ويلجأ فى ذلك عادة إلى أهل الخبرة . وقد يأمر بإجراء معاينة الأرض على الطبيعة .

ويستوى أن تكون الأرض المحبوسة على هذا النحو أرضاً زراعية كما هو الغالب ، أو أرضاً مقاماً عليها بناء كصنع أو متجر أو مسكن . أو أرضاً فضاء^(٣) .

كما يستوى أن يكون من يطلب حق المرور هو المالك للأرض المحبوسة ، أو كان له حق انتفاع عليها ، أو كان محتكراً ، أو كان ناظر وقف . ولا يجوز لمستأجر أو للمزارع أن يطالب بحق المرور ، لأن حقه حق شخصي ، وليس له إلا أن يلجأ إلى المالك ليطالب بهذا الحق^(٤) .

٤٦٧ — **انقضاء الحبس عن الأرض المحبوسة** : وما دامت الأرض محبوسة عن الطريق العام على النحو الذى قلناه ، فإن لصاحبها حق المرور فى

(١) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٨٨ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢١٤ - منيا التمسح ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٩ ص ٣٠٥ - ميت غمر ٢١ أكتوبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٦٤ ص ٣٢ - البليتا ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة ١٣ رقم ٤٥٤ ص ٣٢٧ - نقض فرنسي ٢ أغسطس سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٨ - ١ - ٣٠٢ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ سيريه ١٩٤٣ ١٠ - ٧٥ - بلانويول وريير وبيكار ٢ بقعة ٩٢٦ ص ٩٠٢ - ص ٩٠٣ - كولان وكابيتان وهى لاموراندوير ١ بقعة ١٠١٥ ص ٨١٥ .
(٢) نقض فرنسي ٢٧ أبريل سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ - ١ - ٢٩٥ - ٢٦ ماي سنة ١٩٦١ دالوز ١٩٦١ Som. ٨١ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ دالوز ١٩٦٢ Som. ٥٤ .

(٣) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة محرر ٣ رقم ١٤٠ ص ٤١١ - استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٨ .
(٤) نقض فرنسي ١٦ يونيو سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٤٧٩ - ليون ٤ أبريل سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٣٣٥ - أوبري وور ٣ بقعة ٢٤٣ ص ٧٥ - بودوي وشوفو بقعة ١٠٤٩ - بلانويول وريير وبيكار ٣ بقعة ٩٢٥ ص ٩٠١ .

الأراضي المجاورة . ولكن الحبس قد ينفك ، فيصبح للأرض منفذ إلى الطريق العام لم يكن موجودا من قبل . مثل ذلك أن يستحدث طريق عام يجاور الأرض ، أو أن يكسب مالك الأرض المحبوسة ملكية أرض مجاورة لها منفذ إلى الطريق العام فيفتح هذا المنفذ للأرض المحبوسة فينفك عنها الحبس . في هذه الحالة يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون مالك الأرض التي كانت محبوسة لم يحصل بعد على حق المرور في أرض مجاورة ، ففي انفك الحبس عن الأرض لم يصبح للمالك حق في المطالبة بالمرور إذ أن أرضه أصبحت غير محبوسة ، وتختلف لشرط الجوهرى للمطالبة بحق المرور .

(الفرض الثاني) أن يكون مالك الأرض قد حصل على حق المرور في أرض مجاورة قبل أن ينفك الحبس عن الأرض ، وقد قام في هذا الفرض خلاف في الرأي . فقد ذهب بعض إلى أن المالك ، مادام قد حصل على حق المرور في أرض مجاورة ، يستبقى هذا الحق حتى بعد انفكاك الحبس عن أرضه . ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أنه متى حصل للمالك على حق المرور في أرض مجاورة ، فقد أصبح له حق ارتفاق حقيقى على هذه الأرض في قوة حقوق الارتفاق الاتفاقية . ولا يزول هذا الحق إلا بسبب من أسباب زوال حق الارتفاق الاتفاقية : وليس منها انفكاك الحبس^(١) . وذهب بعض آخر إلى أن حق المرور الذى حصل عليه مالك الأرض المحبوسة مقيد في قيامه وفي بقاءه بأن تكون الأرض محبوسة وبأن تبقى كذلك ، ففي انفك الحبس عن الأرض ، فقد فقد حق المرور السبب في بقاءه ، ومن ثم يزول^(٢) ،

(١) نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٠ مبره ٨١ - ١ - ٢٢٢ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٠٣ مبره ١٩٠٤ - ١ - ١٠ - ديمولوب ١٢ فقرة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٣ - ديرانتون ٥ فقرة ٤٣٥ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٠ ص ٧٨٧ .

(٢) لوران ٨ فقرة ١١٠ وما بعدها - أوبر - وور ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤٤ - ييدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٥ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٩ - محمد كامل د س ١ فقرة ٣٤٣ - شفيق شحاتة فقرة ٣٦٦ - محمد حل عرفة فقرة ٢٣٥ - ٢٩٧ ص - ٢٩٨ - عبد المنعم البدرارى فقرة ٣٤٦ - إسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٩ - حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ - عبد المنعم فرج السدة فقرة ٨٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٦ .

وهل ذلك يستطيع صاحب الأرض المجاورة التي يباشر فيها حق المرور أن يطلب إنهاء هذا الحق بعد أن أصبح للأرض التي كانت محبوسة ممر إلى الطريق العام في غير أرضه . ونحن نختار هذا الرأي الأخير ، لأنه أكثر اتفاقاً مع طبيعة حق المرور القانوني . فقد قلنا أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق حقيقي ، بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة . وهذا القيد منوط بانحياز الأرض التي يمارس صاحبها حق المرور ، فإذا انفك الحيز لم يعد القيد مبرر ، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه . فإذا طالب بإنهاء حق المرور ، كان له ذلك ، بعد أن أصبح للأرض التي كانت محبوسة ممر آخر يؤدي إلى الطريق العام . وإذا رضى ببقاء حق المرور ، كان له ذلك أيضاً ، ولكن حق المرور ينتقل عندئذ إلى حق ارتفاق اتفاق تسمى عليه قواعد هذا الحق . ونص التفتين المدني المصري صريح في اشتراط بقاء الانحياز عن الطريق لبقاء حق المرور ، إذ تتكلم الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدني كما رأينا ، في معرض الحصول على حق المرور ، عن أرض محبوسة عن الطريق العام « مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام » . في القانون المصري إذن ، على خلاف القانون الفرنسي الذي انقسم فيه الرأي ، لاشك في أنه إذا انفك الانحياز عن الأرض ، جاز لصاحب الأرض المجاورة أن يطلب لإنهاء حق المرور . ولكنه يرد إلى المالك التعويض الذي قد يكون تقاضاه منه في مقابل هذا الحق ، بعد أن يستنزل منه جزءاً مناسباً للوقت الذي يباشر فيه المالك فعلاً حق المرور في أرضه (١) . ويؤكد ما قلناه ما ورد في المذكرة

(١) إسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٨ - ويؤول حق المرور بزوال الانحياز حتى لو بقي الانحياز خمس عشرة سنة يباشر الجار في أنشائها حق الدور ، فإن استعماله لهذا الحق كان يسبب الانحياز مباشرة لقيد وارد على الملكية ، فلا يترتب عليه أن يملك الحق بالتقادم . وهو إنما يملكه بحكم القانون وبين يملكه بحكم القانون مهما طالت المدة ، وليس الدور هنا حق ارتفاق حتى يكتسب بالتقادم (إسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٩ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٣ ص ٣٧٦ ص ٣٧٧ - محمد علي علة فقرة ٢٢٥ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٩ - حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٧٦ هامش ١) . وحتى من يرى من رجال الفقه في مصر أن حق المرور حق ارتفاق يملك مع ذلك بأنه يزول بزوال الانحياز ، فنزولاً على صريح نص المادة ٨١٢ مدني مصري (شفيق شحاتة فقرة ٣٦٦ - عبد الحميد الجندار فقرة ٣٤٦) . أما حق فرنسا فيفض القضاء يلعب إلى أن حق المرور يزول بزوال الانحياز ولو بين ثلاثين سنة =

الإيضاحية للمشروع المقهيدى إذ تقول : « وينتهى حق المرور إذا انقضت الطرق العام بالطريق العام من ناحية أخرى ، فلم يعد حق المرور ضروريا . ويسترد صاحب الأرض من التعويض الذى كان قد دفعه في حق المرور القدر المناسب » (١)

٤٦٨ - ب . ممر ضرورى لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه

المألف : والممر الذى يحصل عليه صاحب الأرض المحبوسة عن الطريق العام هو الممر اللازم « لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف » . وقد قدمنا أن الأرض المحبوسة قد تكون أرضا زراعية . فالممر اللازم هو الممر الكافى لاستغلال هذه الأرض استغلالا زراعيا على الوجه الذى يستغل فيه مثل هذه الأرض . فإن انقضى الأمر . لاستغلال الأرض . ممر كافى لمرور المواشى والبواب والهربات المحملة بالأسمدة اللازمة للأرض والهربات التى تحمل المحصول من الأرض إلى جهة التسويق : كان لصاحب هذه الأرض الزراعية الحصول على هذا الممر . وقد تكون الأرض المحبوسة أرضا مقاما عليها مصنع . وقد يقتضى المصنع أن يكون له ممر كافى إلى الطريق العام يتسع لمرور العمال الذين يعملون بالمصنع . ويتسع لمرور الهربات التى تروح وتجيء بالمواد الخام ومنتجات المصنع . ويتسع لغير ذلك من الأغراض المختلفة للمصنع . وقد تكون الأرض المحبوسة أرضا فضاء . وهذه عادة تكون فى حاجة إلى ممر محدود ، لأن حاجات الأرض الفضاء أقل من حاجات الأراضي الأخرى (٢) .

وبالرغم من أن حق المرور هناك هو حق ارتفاق ، لأنه حق ارتفاق غير مستمر ولا يكسب بالتقادم إلا حقوق الارتفاق المستمرة (بيدان وفواران ٤ ، فقرة ٥٣٥ - أوبرى ورو ٣ ، فقرة ٢٤٣ هامش ٣٤ - كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ ، فقرة ٨١٧) . ولكن القضاء الفرنسى ومنه بعض الفقهاء . يذهب إلى عكس ذلك وإلى أن حق المرور لا يزول بزال الانحباس مادام استعماله بين مستب ثلاثين سنة (نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ٧١ - ٣٠ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٣١ - ١٣ مايو سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٥٩ . Somm. ١٠٦ - ٦ يونيو سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٦٠ . Somm. ٢٦ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ ، فقرة ٩٣٩ ص ٩١٦ - مارت ورينو فقرة ٢٩٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠ .

(٢) والمبرة بحاجات الأرض المحبوسة القائمة الفعلية ، دون نظر إلى ما يحتمل أن يتسع بين هذه الحاجات فى المستقبل ، فإذا ما اتسعت الحاجات فعلا أمكن طلب توسيع الممر (استئناف محط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٣) .

وقد تغيرت حاجات الأرض المحبوسة فتتسع ، وبعد أن كان الممر المعطى لها كافياً يصبح غير كافٍ . وعندئذ يجب توسيع الممر ، ما يتناسب مع الحاجات المستجدة ، بل قد يقتضى الأمر استبدال ممر آخر بالممر القديم يكون مناسباً لما استجد من حاجات الأرض المحبوسة . وذلك كانه نظير تعويض جديد . فقد تقام أبنية على الأرض المنضوء للسكنى أو للاستغلال الزراعى أو للاستغلال الصناعى . فتزيد حاجات الأرض باستحداث هذه الأبنية . بشرط ألا تكون الأبنية هى التى مبيت انحباس الأرض أو زادت فى انحباسها . وقد ينمو المصنع وينمى . فتصبح حاجاته أكثر اتساعاً عما كانت عليه فى الماضى . وقد يستحدث صاحب الأرض الزراعية من وسائل الاستغلال الزراعى جديداً كما إذا أضاف إلى زراعة المحصول تربية المواشى ، فيكون فى حاجة إلى ممر أكبر لما استجد من الحاجات . ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن صاحب الأرض المحبوسة قد زاد من أعباء حق المرور بإرادته وحده ، ذلك أنه يجب أن يكون حراً مطلقاً فى نشاطه وفى تجديده لأنواع النشاط الذى يقوم به كما لو كانت أرضه غير محبوسة . فهذا ما تقتضيه المصلحة العامة . ولا يجوز تقييده فى ذلك ما دام فى نطاق الوجوه المألوفة لاستغلال أرضه^(١) . ويجب أن يحل بينه وبين أى نشاط يجعله يحصل من أرضه على أكبر فائدة يستطيع الحصول عليها ، فن أجل هذا أعطى القانون له حق المرور فى أرض الجار . ولا يوجد حد لنشاط صاحب الأرض المحبوسة إلا أن يكون متعمداً الإضرار بصاحب الأرض المجاورة ، أو مجاوزاً للنطاق المألوف من النشاط ، فيزيد من أعباء حق المرور وكان يستطيع ألا يفعل . فعند ذلك يكون مسئولاً ويصبح للجار منعه ، إما لأنه متعسف فى استعمال حقه ، أو لأنه قد جاوز المألوف فى مضار الجواز فالحق بجواره ضرراً فالحاشا^(٢)

(١) كذلك لو غير الجار طريقة الاستغلال فضيق منها . ولم يمه فى حاجة إلى كل الممر الذى أعطى له ، جاز لذلك أن يطلب تضيق الممر بحيث يتناسب مع طريقة الاستغلال الجديدة . (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٦ من ١١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ من ٧٣) .
(٢) يودرى وسوفور فقرة ١٠٤٦ - يلافينول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٨ من ٩٠٥ - وحتى تمكن المطالبة بنوسع الممر . يجب أن تقوم الحاجة إلى ذلك . ولا يمكن أن يكون التوسيع أكثر ملاءمة ويسراً . فلذا استحدث طريق عام هو أقرب إلى الأرض المحبوسة . لم يحز لصاحب

٤٦٩ - أين يكون موضع الممر إلى الطريق العام : موضع

الممر إلى الطريق العام يكون في الأراضي المجاورة ، وأول أرض يمر فيها مالك الأرض المحبوسة تكون بداية أرضاً ملاصقة لأرضه . فإن كان المرور في هذه الأرض يؤدي به إلى الطريق العام ، كان هذا كافياً : وإلا فإنه يمر أيضاً في الأرض أو الأراضي التي تكون مجاورة لأول أرض يمر فيها إلى أن يصل إلى الطريق العام .

ويستوى أن تكون الأرض أو الأراضي التي يمر فيها أراضي زراعية أو أراضي بناء أو أراضي فضاء ، حدائق أو أحواش ، مسورة أو غير مسورة . لأن كانت مسورة كحديقة أو فناء ملحق بمنزل ، وجب على صاحبها أن يفتح فيها منفذاً للمرور منه ، ويجوز أن يبقيا مسورة ويفتح بها باباً يعطى مفتاحه لصاحب الأرض المحبوسة^(١) .

ومجوز أن يكون الممر في أرض موقوفة^(٢) ، ولا يعتبر إعطاء الممر هنا إخلالاً بعدم قابلية الأرض الموقوفة للتصرف ، فإن قيد حق المرور يرد على جميع الأراضي المجاورة للأرض المحبوسة حتى لو لم تكن قابلة للتصرف فيها . وفي فرنسا يجوز جعل الممر في أرض تدخل في حوطة الزوجة (bien dotal) ، واللوطة غير قابلة للتصرف فيها^(٣) . كما يجوز أن يكون الممر في أرض تتبع النومين الخاص للدولة ، بل هناك رأى يذهب إلى جواز أن يتقرر حق المرور على النومين العام ذاته إن لم يكن هذا النومين العام هو الطريق العام الذي يريد

— هذه الأرض أن يطالب بتغيير الممر أو ينقله إلى أرض أخرى ، بدعى أن الممر الجديد يؤدي إلى الطريق العام الجديد فيكون أقرب وأيسر (نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٨٨١ دالوز ٨١ - ١ - ٢٢٣ - ٢ - ٢٤١٠١ وديير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٥) .

(١) ٢٤١٠١ وديير وبيكار ٣ فقرة ٩٣١ - كولان وكليبتان ودي لامورالديير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٦ - ماري ودينو فقرة ٢٩١ ص ٣٠٠ - كاريونيه ص ١٧١ - محمد علي عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٧ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٣٩ - حسن كيرة فقرة ٧٣ ص ٢٢٧ .
(٢) محمد علي عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٨ - ويكون ذلك بموجب حكم قضائي .

(٣) نقض فرنسي ١٧ يولييه سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٤ - ١ - ١٤٠ - ٦ يناير سنة ١٨٩١ دالوز ٩١ - ١ - ٤٧٩ - بودي وشوفو فقرة ١٠٥٢ ص ٧٨٩ - ٢٤١٠١ وديير وبيكار ٣ فقرة ٩٣١ .

صاحب الأرض المحبوسة الوصول إليه^(١) . ويميز هذا الرأي في مصر أن حق الارتفاق الاتفاق يجوز أن يقرر على الدومين العام بصريح النص ، فقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ١٠١٥ مدني على أنه يجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال . فإذا كان يجوز أن يترتب حق الارتفاق الاتفاق على الدومين العام ، فأولى أن يترتب قيد المرور القانوني على هذا الدومين :

وكما يجوز أن يكون موضع المر على سطح الأرض ، كذلك يجوز أن يكون تحتها ، كما إذا تقرر حق المرور لمحرك أو لمنجم في باطن الأرض^(٢) . وكذلك يجوز أن يكون المر في موضع هو أعلى من سطح الأرض ، كما إذا أقام أحد الأفراد جسراً عالياً فوق سطح الأرض ، فيتقرر لجاره صاحب الأرض المحبوسة حق المرور فوق هذا الجسر^(٣) .

(١) انظر في هذا الحق لوران ٨ فقرة ٩٢ - بوردو وشوفو فقرة ١٠٥٢ ص ٧٨٩ - بلانديل وريبير ويككار ٣ فقرة ٩٣١ - كولان وكايتان ودو لاموراندير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٦ - محمد علي عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٨ - عبد المنعم البدراوي فقرة ٢٢٩ - حسن كبيرة فقرة ٧٣ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨ - والنظر عكس ذلك أوبر ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٨ - هذا وقضاء المحاكم القضائية في فرنسا يميز تدبير حق المرور على الدومين العام مادام تقرير هذا الحق لا يتعارض مع الفرض الذي أهد له هذا الدومين (نقض فرنسي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٦٧ سيرييه ٦٨ - ١ - ٣٠ - ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ جازيت دي پاليه ١٩٣٢ - ٢ - ٣٥٧) ، أما قضاء لمس الدولة الفرنسي فلا يميز ذلك (مس الدولة الفرنسي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٩ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٤ Lebon ٦٥٨ - ١٥ يوليو سنة ١٩٥٥ لة القانون العام ١٩٥٦ - ٦٤٩ - وانظر مارتى وريينو فقرة ٢٩١ ص ٣٠٠) .

(٢) بوردو وشوفو فقرة ١٠٥٢ .

(٣) نقض فرنسي ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣٢ - ١ - ٩ - ١٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٣ - ٥١٣ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤٠ هامش ٢١ ثالثاً - بلانديل وريبير ويككار ٣ فقرة ٩٣٣ ص ٩٠٩ - بيدان وفواوان ٤ فقرة ٥٢٦ - مازو فقرة ١٣٨٥ ص ١١٢١ مارتى وريينو فقرة ٢٩١ ص ٣٠١ - ص ٣٠٢ - وقد جالس حق المرور في باطن الأرض عن طريق إنشاء نفق أو مد أنابيب لآبار أو الغاز ، وقد مارس في القضاء بعد أسلاك تم عليها التلغات (passage d'un télégraphique) : انظر محمد كامل مرس ١ فقرة ٣٣٥ - محمد علي عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٩ - شفيق شحاتة فقرة ٣٦٥ ص ٣٥٨ - عبد المنعم البدراوي فقرة ٣٤٢ - حسن كبيرة فقرة ٧٣ ص ٢٢٨ - عبد المنعم فريج لصفة فقرة ٨١ ص ١٢١ - ص ١٢٢ .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١/٨١٢ ملغى : « ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضرراً . وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « قرر المشروع أن حق المرور يختار له عقار مجاور يكون المرور فيه أخف ضرراً من المرور فى العقارات المجاورة الأخرى . وفى موضع من هذا العقار يتحقق فيه هذا الاعتبار كذلك . وفى هذا تقييد عادل لحق المرور يقابل التوسع السابق » (١) . فيجب إذن . إذا تعددت العقارات المجاورة التى يجوز أن يكون فيها الممر . أن يختار من هذه العقارات العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً . وقد يكون الممر الأخف ضرراً هو الممر الأقصر . ولكن ليس محتملاً أن يكون الأمر كذلك ، فقد يكون الممر الأقصر يتخلل بساتين وأشجاراً فيعدل عنه إلى ممر أطول فى العقار المجاور أو فى عقار مجاور آخر ، ويكون من شأنه ألا يلحق بصاحب هذا العقار مثل الضرر الذى يلحق الأرض ذات الممر الأقصر . فإذا تعين العقار الذى يكون فيه الممر على هذا النحو ، وجب أيضاً أن يكون الممر فى موضع من هذا العقار يكون أخف ضرراً من غيره ، سواء بالنسبة إلى صاحب هذا العقار أو بالنسبة إلى صاحب الأرض المحبوسة . ويراعى فى ذلك الكيفية التى يكون عليها المرور . فقد يكون مروراً مقصوراً على الراجلين . أو شاملاً للعربات والمواشى . أو مقصوراً على أيام أو ساعات معينة . ويغلب أن يقتضى الأمر لتحديد موضع الممر بالدقة أن تعين المحكمة خبيراً أو أن تأمر بإجراء معاينة على الطبيعة ، كما يغلب أن يدخل أحد طرفى الدعوى بعض الجيران الآخرين خصوماً فيها إذا كانت عقاراتهم يمكن أن يعين فيها موضع الممر . وقد يراعى فى تعيين الممر جانب صاحب الأرض المحبوسة نفسه كما قدمنا . فيجوز أن يطلب هذا أن يكون الممر فى موضع هو أطول من غيره لأن الموضع الأقصر مغروس بالأشجار وبالزهور فيكون أكثر كلفة عليه (٢) . كذلك قد يراعى جانب الجار الذى يتقرر حق المرور فى أرضه . فيطلب هذا تغيير موضع الممر إذا تبين أن حق المرور قد زاد عبوه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠ .

(٢) بىردى-وشوفوتسقىة ١٠٥٢ ص ٧٩١ .

في الموضع المقرر لسبب أو لآخر . فينقل الممر إلى موضع آخر يكون أخف حبياً^(١) .

فإذا ما استقر موضع الممر . لم يكن لصاحب الأرض المحبوسة إلا حق المرور فيه ليصل إلى الطريق العام . ولا يعتبر الممر مملوكاً له ، بل يبقى مملوكاً لصاحبه^(٢) . فليس لصاحب الأرض المحبوسة أن يستعمله إلا في المرور بالكيفية التي تقررت . فيمر هو وحده أو هو وآخرون ، وقد تمر فيه المواشي والدواب والعربات ، وقد لا يستعمل الحق إلا في أيام أو ساعات معينة ، كل هذا وفقاً لاحتياجات الأرض المحبوسة وبحسب ما يتقرر تبعاً لذلك^(٣) .

٤٧٠ — الحبس عن الطريق العام ناشئ عن تجزئة العقار بناء على

تصرف قانوني : وهناك حالة خاصة نص فيها القانون على أن يكون الممر في موضع معين دون غيره . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ مدني كما رأينا على ما يأتي : « على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني ، وكان من المستطاع إيجاد ممر كافٍ في أجزاء هذا العقار . فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : « وهذا حكم معقول . فإن العقار الذي يكون متصلاً اتصالاً كافياً بالطريق العام . ثم يمزقه مالكة بتصرف يرضاه ويكون من شأنه أن يخبس جزءاً منه عن الطريق العام . فتحق المرور لهذا الجزء يجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى ، كما كان الأمر قبل تجزئة العقار . وفي هذه القاعدة توسع في مبدأ تخصيص المالك الأصلي الذي سيأتي ذكره فيما يلي . وقد جاء التوسع من أنه لا يشترط في الحالة التي نحن بصددتها أن يكون المالك الأصلي قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور لمصلحة جزء على الأجزاء الأخرى . على أنه لو وضع هذه العلامات الظاهرة لتقرز حق المرور بتخصيص المالك الأصلي حتى

(١) بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٢ ص ٩٠٨ .

(٢) ديولب ١٢ فقرة ٦٣٦ وما بعدها — لوران ٨ فقرة ٧٣ — بدوي وشوقر

فقرة ١٠٤٤ ص ٧٨٠ .

(٣) بدوي وشوقر فقرة ١٠٦٠ ص ٧٩٨ .

لو كان الجزء المرتفع لا تحبسه التجزئة عن الطريق العام ، بل كان له ممر كافٍ من ناحية أخرى (١) .

والنص يفرض أن هناك أرضاً لها منفذ إلى الطريق العام ، ثم تصرف صاحب الأرض فيها تصرفاً قانونياً أدى إلى جعل جزء منها محبوساً عن هذا الطريق . مثل ذلك أن يبيع جزءاً من الأرض لشخص آخر ، فيؤدي البيع إلى أحد أمرين : إما أن المشتري يشتري الجزء غير المجاور للطريق العام فيكون هذا الجزء محبوساً ، أو يشتري الجزء المجاور للطريق العام فيصير الجزء الآخر الذي استبقاه البائع هو المحبوس (٢) . وكالبيع المقايضة والمبة ، فيكون هناك مقايض أو موهوب له بدلا من المشتري . ويصح أن تكون الأرض شائعة بين اثنين فيقتسماها وبذلك تفرز حصة كل منهما ، وقد تصبح إحدى الحصتين بعد إفرازها لا منفذ لها إلى الطريق العام . هذه صور عملية للحبس الذي ينشأ عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني ، ومنها نرى أن جزءاً من هذا العقار قد أصبح محبوساً عن الطريق العام بحكم هذه التجزئة ، فإذا طالب صاحب هذا الجزء بحق المرور فإين يكون موضع الممر الذي يطلبه ؟ لو طبقنا القواعد العامة في هذه الحالة ، لوقع الممر في أي عقار مجاور يكون المرور فيه أخف ضرراً . ولكن القانون هنا عدل عن هذه القاعدة ، وأوجب أن يكون الممر في الجزء الآخر من العقار المجزأ ولو لم يكن المرور فيه هو أخف ضرراً . ففي حالة بيع جزء من العقار ، إذا كان المشتري هو المحبوس كان له حق المرور في الجزء الذي استبقاه البائع ، وإذا كان البائع هو المحبوس كان له حق المرور في الجزء الذي باعه للمشتري . وفي حالة القسمة ، يكون للمقتسم الذي انحبس بعد إفراز حصته حق المرور في الحصة المقررة التي وقعت في نصيب المقتسم الآخر .

ويبرر هذا الحكم أن العقار كان في مبدأ الأمر غير محبوس عن الطريق العام ، وقد أصبح جزء منه محبوساً بفعل صاحب العقار ، فيكون من العدل أن حق المرور يتقرر للجزء المحبوس على الجزء الآخر . ولو تقرر المرور في عقار غير هذا الجزء الآخر ، لاستطاع المالك أن يفرض بفعله حق مرور على أرض.

(١) حوطة الأعمال التصديرية ٦ ص ٥٠ - ص ٥١ .

(٢) وكذلك لو باع المالك الأصل جزءاً من الأرض إلى مشتر ، وجزءاً آخر أصبح محبوساً ببيع الأول إلى مشتر آخر (ممولوب ١٢ بقرة ٦٠٢ - أوبري ورو ٣ بقرة ٢٤٢ ص ٤٥٠) .

الجوار لأن الحبس نشأ عن تصرف صلومته هو ، وقد قلنا (١) ، أنه لا يعتد بانحباس الأرض إذا كان المالك هو الذي حبسها عن الطريق العام بفعله (٢) . ويمكن تأصيل الحكم أيضاً بتقريبه من قاعدة تخصيص المالك الأصلي في حقوق الارتفاق الاتفاقية . فقد نصت المادة ١١٠٧ مدني في هذا الصدد : « ١ - يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلي . ٢ - ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأى طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين متفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ، ناشئاً بذلك علاقة تبعية، بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين للمالك المختلفين . ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي مالكين مختلفين دون تغيير في حالتها ، عد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » . فتوسعنا هنا في قاعدة تخصيص المالك الأصلي ، ولم نستوجب أن تكون هناك علامات ظاهرة ، استفتاء عنها بأن العقار كان في مبدأ الأمر عقاراً واحداً ثم تجزأ . فكان المالك الأصلي ، وهو يجزئ العقار تجزئة اختيارية ، نحس جزءاً منه عن الطريق العام ، خصص الجزء الآخر للممر الذي يجب أن يكون للجزء المحبوس . وشرط ذلك كما رأينا أن يكون هناك جزء قد حبس عن الطريق العام بفعل التجزئة . ولو أن المالك الأصلي قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور على جزء من العقار قبل التجزئة ، لمصلحة الجزء الآخر ، لأصبحت قائمة تخصيص المالك الأصلي ذاتها هي المنطقية . ولترتب على ذلك أنه عند تجزئة العقار يصبح جزء منه حق مرور اتفاق . لاحق مرور قانوني ، على الجزء الآخر . وفي هذه الحالة ليس من الضروري ، كما هو ضروري في حالة المرور القانوني ، أن يكون الجزء صاحب الارتفاق محبوساً عن الطريق العام ، لأن هذا الجزء إنما كسب حق

(١) انظر كذاً بقرة ٤٩٩ .

(٢) ويخلص من ذلك أنه لو كانت تجزئة العقار بسبب نزاع ملكية الجزء الذي يصل بالطريق العام ، فليس لمصاحب الجزء المحبوس عن الطريق العام أن يصل حق المرور من هذا الجزء المزروع ملكيته . وكذلك الحكم لو باع المالك الجزء الذي يصل بالطريق العام متضرراً خفية عليه من نزاع الملكية (فلافول ورييرو بيكار ٣ بقرة ٩٣٤ - ٩١٠ - محمد علي حرة بقرة ٢٢٦ ص ٢٠١ - عبد الحميد البدراني بقرة ٣٤٣ ص ٢٨٩) .

مرور بتخصيص المالك الأصلي وهذا سبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق الاتفاقية . ولا يشترط فيه أن يكون العقار المرتفق محبوسا عن الطريق العام . وهناك وجه آخر لتبرير الحكم الذي نحن بصدده . وإن كان لا ينطبق في جميع الصور . ففي الحالة التي يبيع فيها المالك الأصلي جزءاً من العقار فيصبح هذا الجزء محبوساً عن الطريق العام . يمكن القول بأن البائع . كما يضمن للمشتري استحقاق الجزء المبيع . يضمن له كذلك حق مرور للجزء المبيع على الجزء الذي استبقاه ، إذ يكون انحياز الجزء المبيع بمثابة استحقاق جزئي ، أو قل إن حق المرور هنا يعتبر من توابيع المبيع الضرورية . كذلك عندما يتقاسم الشريكان العقار الشائع ، فإن صاحب الحصة المفروزة التي لها منفذ إلى الطريق العام يكون ضامناً لصاحب الحصة المحبوسة عن الطريق العام حق مرور على حصته . ولكن إذا باع المالك الأصلي جزءاً من العقار هو الذي له منفذ إلى الطريق العام : وبقي في الجزء الآخر المحبوس . فإنه لا يمكن في هذه الصورة تبرير الحكم بمنع الضمان . إذ الضمان التزام في ذمة البائع للمشتري . أما هنا فالمرور واجب على المشتري للبائع^(١) . ومن ثم وجب الرجوع إلى التبرير

(١) ولذلك ذهب الأستاذ إسماعيل غانم إلى « أن التصرف الذي نشأت عنه تجزئة العقار الأصلي على وجه نتج عنه أن أصبح أحد الأجزاء غير متصل بالطريق العام يعتبر متضمناً لالتزام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور ، ولو لم يرد في التصرف نص صريح في هذا الصدد . ذلك أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً لقانون والمعرف والمعادلة بحسب طبيعة الالتزام (م ١٤٨ / ٢ مدني) » (إسماعيل غانم فقرة ٥٩ ص ١٢٤ - وانظر أيضاً عبد الممن ترج السدة فقرة ٨٤ ص ١٢٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٨٤ - ص ٨٥) .

ويرد على هذا الرأي أنه إذا صح فيها إذا باع المالك الأصلي لأجنبي الجزء المحبوس مع منعه من حق ارتفاق بالمرور ، فكيف نعمل الأمر فيها إذا باع الجزء النافذ إلى الطريق العام واستبقى الجزء المحبوس ، أقول إنه اشترط على المشتري حق المرور ولو لم يشترطه صراحة ولا ضمناً ! (انظر حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٤ هامش ١) .

هذا وتأسيساً للحكم في فرنسا بالرجوع إلى التصرف الذي جزأ العقار إنما كان قبل أن يصدر قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨٦ ، وكان القضاء يميز على هذا الحكم دون نص . بما اضطره إلى الالتجاء لقواعد العامة وتلجس الأساس في التصرف الذي جزأ العقار . وبعد أن صدر قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨٦ بقي القضاء يرفقه في فرنسا على حالها ، واعتبرا أن هذا القانون إنما هو تسجيل لما كانا يميزان عليه في الماضي . أما في التقنين المدني المصري ، فالنص الصريح هو الذي تضمن الحكم مباشرة ، وجهه استثناء من اختيار موضع المرور في التقاربات المجاورة ، وبناء على

الأصل في إعطاء حق المرور للبائع على الجزء الذى أخذه المشتري ، والقول بأن هذا هو الذى يقتضيه العدل على الوجه الذى قلناه .

وهناك فرق بين ما إذا كان حق المرور يرجع إلى فكرة الضمان ، أو يرجع إلى فكرة العدالة . ففي حالة ما إذا كان يرجع إلى الضمان ، يكون للمشتري حق المرور في الجزء الذى استبقاه البائع وذلك دون أن يدفع مقابلاً لذلك ، فإن الضمان يتضمن هذا المقابل . كذلك إذا كان الجزء المحبوس الذى أخذه المشتري قد انفك حبه عن طريق آخر فأصبح له منفذ إلى الطريق العام ، لم يزل بذلك حقه في المرور في أرض البائع ، لأن هذا الحق قد كسبه عن طريق الضمان (١) . وتختلف الأحكام فيما إذا كان حق المرور يقوم على فكرة العدالة . فليس هناك ضمان في هذه الحالة ، ويجب على من حصل على حق المرور أن يدفع مقابلاً له ، وإذا انفك الحبس عن الجزء المحبوس زال حق المرور . وهذه هي الأحكام التى نرتضيها ، لأننا نبني حق المرور على فكرة العدالة (٢) .

وغنى عن البيان أن العقار الذى جزئ ، إنما يثبت لجزء منه حق المرور على الجزء الآخر على الوجه الذى بسطناه إذا كان هذا مستطاعاً . فإن لم يكن مستطاعاً ، بأن كان العقار كله من مبدأ الأمر محبوساً عن الطريق العام ، فبقي جزء منه يصبح هو أيضاً محبوساً عن الطريق العام ، ومن ثم لا يستطاع أن

على فكرة العدالة، ثم جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى أنه توسع في مبدأ تخصيص المال الأصل . قرب ما قدمناه . على مرة فقرة ٢٣٦ ص ٢٠٠ - عه المنعم البدرارى فقرة ٣٤٤ . (١) شفيق شحاتة فقرة ٣٦٠ ص ٢٥٥ - عه المنعم البدرارى فقرة ٣٤٢ ص ٣٨٧ - انظر حكس ذلك لإسماعيل غانم فقرة ٥٩ ص ١٢٧ (وقت الزم في ذلك رأيه من استخلاص حق الارتفاق بالمرور من مضمون التصرف القانوني الذى يلزم المتصرف بما هو من مستلزمات التصرف وفقاً للعدالة وطبيعة الالتزام) . « والعدالة وطبيعة الالتزام تقتضيان القول إن الالتزام بإنشاء حق الارتفاق ، والارتفاق الذى يتقرر تنفيذاً لهذا الالتزام ، مشروط بشرط نافع هو زوال حالة الانحباس) . وانظر أيضاً في هذا المعنى السكس عه المنعم فريج الصلة فقرة ٨٤ ص ١٢٨ - متصور مصطلح متصرف فقرة ٣٥ ص ٨٨ .

(٢) وإذا اشترى الشخص جزءاً من الأرض أنحبس بهذا الشراء عن الطريق العام ، ثبت له حق المرور على الجزء الآخر ، انتقل هذا الحق إلى المشتري من المشتري ، لا على أنه خلف خاص للمشتري في الالتزام بالضمان ، بل على أن الجزء الذى اشتراه من المشتري محبوس عن الطريق العام بسبب تصرف قانوني ، فثبت له حق المرور أسالة على الجزء الآخر بحكم المادة ٨١٢/٢ مدني .

يكون للجزء الآخر حق مرور فيه يؤدي إلى هذا الطريق . وحل ذلك لا يكون هناك مناص في هذه الحالة من الرجوع إلى القواعد العامة التي سبق تقريرها ، والتماس ممر يؤدي إلى الطريق العام في أحد العقارات المجاورة على النحو الذي بيناه^(١) .

٤٧١ - أثر التقادم في تعيين موضع الممر : يحسن ، في صدد التقادم أن نميز بين صور مختلفة :

١ - إذا توافرت شروط حبس الأرض عن الطريق العام ، وأصبح للأرض المحبوسة حق المرور في الأراضي المجاورة ، فإن هذا الحق لا يتقادم لعدم الاستعمال ، مهما طال الأمد على عدم استعماله ، مادامت الأرض محبوسة^(٢) ، فهو قيد يرد على الملكية ، ويبقى ما بقيت شروط هذا القيد قائمة . فيستطيع صاحب الأرض المحبوسة أن يطالب بحق المرور في أرض الجار ، ولو بعد خمس عشرة سنة من حبس الأرض ، مادام الحبس لا يزال قائماً .

٢ - إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد استعمل حق المرور القانوني فعلاً في أرض مجاورة ، ولكن دون أن يراعي القواعد الخاصة بموضع الممر التي بسطناها فيها تقدم ، فر في موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأنحف ضرراً مثلاً ، أو اختار الطريق الأطول دون مبرر ، فإن لصاحب الأرض المجاورة أن يعترض على ذلك . ولكن إذا بقي صاحب الأرض المحبوسة يمر في الموضع الذي اختاره ، دون أن يعترض عليه الجار ، ويبقى يمر في هذا الموضع مدة خمس عشرة سنة ، فإن حقه في المرور في هذا الموضع يتثبت بالتقادم^(٣) . ولكن التقادم هنا لا يكون تقادماً مكسباً ، إذ أن صاحب الأرض المحبوسة قد عني أن يستعمل حق المرور القانوني ، لا حق مرور اتفاقي ، وإنما اختار موضعاً له لا يتفق مع القواعد المقررة . فيكون التقادم

(١) بلانول وديير ويكار ٣ قرة ٩٣٤ ص ٩١١ - محمد حل عرفة قرة ٢٣٦ - ص ٣٠١ - عبد المنعم البزاوي قرة ٣٤٥ .

(٢) بودي وشوقو قرة ١٠٦١ ص ٧٩٨ - محمد كامل مرسى قرة ٣٣٨ ص ٤٤٠ - محمد حل عرفة قرة ٢٣٤ ص ٢٩٥ .

(٣) بودي وشوقو قرة ١٠٦١ ص ٧٩٩ - بيدان ولواران ٤ قرة ٥٢٧ - بلانول وديير ويكار ٣ قرة ٩٣٦ ص ٩١٢ .

في هذه الصورة تقادما مسقطا ، إذ يتقدم حق الجار في الاعتراض على اللويع الذي اختاره صاحب الأرض المحبوسة ، مادام قد بقي ساكنا دون أن يعترض مدة خمس عشرة سنة^(١) .

٣ - إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد اختار ممرا له ، لا في العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني ، بل في عقار آخر بقصد استعمال حق مرور ليس هو حق المرور القانوني . أو كانت الأرض غير محبوسة من الطريق العام ، ولكن صاحبها مر في أرض الجار لأن المسافة إلى الطريق العام أقصر وأيسر . فإذا بقي صاحب الأرض في الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة ، فإنه يكسب حق ارتفاق بالمرور في الأرض التي بقي يمر فيها طول هذه المدة^(٢) ، وذلك بحكم التقدم المكسب ، وقد قلنا أن

(١) وتنص المادة ٦٨٥ من قانون فرنسي على أن « موضع ارتفاق للمرور بسبب الانهيار وطريقته يحددان بالاستعمال المستمرة ثلاثين سنة . ودعوى التحويل في الحالة المنصوص عليها في المادة ٦٨٢ قابلة للتقدم ، ويجوز أن يستمر المارور ولو أصبحت دعوى التحويل غير مقبولة » . ويلزم القضاء الفرنسي إلى أن التقدم هنا تقدم مكسب ، فيكون الجار قد كسب حق المرور في هذا الموضع بالتقدم (نفس فرنسي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٧٤ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٨٠ - ٧ يوليو سنة ١٩٦٠ دالوز ١٩٦١ **Summ.** ٣٠ - ١٧ يوليو سنة ١٩٦٤ جازيت دي باليه ٢٦ - ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٦٤) . وينتقد القسمة في فرنسا القضاء في ذلك على أساس أن حق المرور لا يكسب بالتقدم لأنه غير مستقر (كولان وكايتان ودى لاموراندوير ١ لقطة ١٠١٦ ص ٧١٨) .

أما في مصر فيسقط المرور يكسب بالتقدم بصريح النص ، ولكن مع ذلك يعتبر التقدم هنا تقادما مسقطا لا تقادما مكسبا ، كما قررنا في المتن . انظر في هذا المتن إسماعيل غانم لقطة ٥٧ ص ١٢٠ هامش ١ - حسن كيرة لقطة ٧٣ ص ٢٣٠ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة لقطة ٨٢ ص ١٢٢ - وهناك من يقول إن التقدم تقدم مكسب لا مسقط ، ويرد نسب على موضع المرور وطريقته (محمد حل مرقعة لقطة ٢٣٤ ص ٢٩٦ - محمد كامل مرسى ١ لقطة ٣٣٨ ص ٤٤٠ - ٤٤١) - وهناك من يميز بين ما إذا كان مالك الأرض المحبوسة قد باشر حقه في المرور في الحدود المقررة قانونا فلا محل للاعتراض ، أو تجاوز الحدود فتكون بقصد حق ارتفاق بالمرور يكسب بالتقدم (منصور مصطفى منصور لقطة ٣٣ ص ٨٠) ولقنين يرون من انتفاء المصلحة أن حق المارور القانوني إنما هو حق ارتفاق ، يلجئون بهذا إلى أن التقدم تقدم مكسب (شفيق شعاع لقطة ٣٦٤ ص ٣٥٨ - عبد المنعم الجبارو لقطة ٣٢٢) .

(٢) وله الإجماع بدعوى الحيازة إذا توافقت شروطها . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا مكان للتقدم له وقت يطلب منع الممر من الممر من الممر بالمرور بالطريق الموصل إلى أرضه ، فكأنها

حق المرور يجوز كسبه بالتقادم إذا كان ظاهراً^(١).

٤- إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد حصل على حقه القانوني في المرور في أرض الجار في موضع يتفق مع القواعد المقررة بحيث لا يكون للجار حق في الاعتراض ، ولكن صاحب هذه الأرض لم يمارس حقه فعلاً في المرور من هذا الموضع مدة خمس عشرة . فإنه في هذه الصورة يفقد بعدم الاستعمال الحق الذي كان قد كسبه ، وإذا أراد المرور بعد ذلك وكانت أرضه لا تزال محبوسة ، جاز له ذلك ، ولكن بموجب حق مرور جديد وفي مقابل تعويض جديد^(٢).

٤٧٢- ٥. التعويض : وقد رأينا أن المادة ١/٨١٢ مدني تقضي بوجود أن يدفع صاحب الأرض المحبوسة تعويضاً عادلاً للجار في نظير حق المرور في أرضه ، فيقول النص : « وذلك في نظير تعويض عادل » . فإذا لم يتفق الطرفان على مقدار هذا التعويض . تولى القاضي تحديده . ويلجأ في ذلك عادة إلى خبير لتقويم الضرر الذي أصاب الجار بتفتيل أرضه بحق مرور لصاحب الأرض المحبوسة ، ولا يعتد بالفائدة التي كسبتها الأرض المحبوسة من جراء حق المرور . فلو أن هذه الفائدة كانت أكبر قيمة من الضرر ، فالعبرة بقيمة الضرر لا بقيمة الفائدة^(٣) . ومتى تحددت قيمة الضرر : حكم القاضي

على استيفائه للتراث القانوني التي تخص يده على ارتفاق المرور ، ولم تؤس على إثبات حق الارتفاق في المرور وتملكه له ، فإن الحكم إذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور يتكون قد خالت القانون (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ - جموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٢ ص ٥٥١ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ - جموعة أحكام النقض ٩ ص ٢١٢) . (١) وذلك ما لم يثبت أن ترك صاحب الأرض يمر في الأرض المجاورة كان مبنياً على التسامح (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ - جموعة المكتب الفني في لجة وعشرين علماً جزء أول ص ١٦٧) .

(٢) شفيق شحاتة فقرة ٣٦٦ - محمد علي حرفة فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٧ - إسماعيل غانم فقرة ٥ ص ١١٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٢ ص ١٢٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٧٧ .

(٣) بودوي وشوقو فقرة ١٠٥٩ ص ٧٩٦ - بيدان وثواران ٤ فقرة ٥٤٢ - محمد كامل مرسي فقرة ٣٣٠ - شفيق شحاتة فقرة ٣٦٣ ص ٣٥٧ - محمد علي حرفة فقرة ٢٣٠ ص ٢٩٧ - إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ - حسن كيرة فقرة ٧٤ ص ٢٣٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٢ ص ١٢٣ .

بها تعويضاً للجار . ولا يجوز الحكم بتعويض إضافي لو أن الضرر الذي أصاب أبنار قد زاد بسبب تعديلات أدخلها الجار في أرضه ، وإنما يجوز الحكم بتعويض إضافي لو أن صاحب الأرض المحبوسة هو الذي أدخل تعديلات في استغلاله لأرضه وترتب عليها زيادة في عبء حق المرور وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك^(١) .

ولا يشترط حتماً أن يجعل دفع التعويض . وقد كان المشروع التهديدي للمادة ٨١٢ ملغى يتضمن ، كما رأينا ، نصاً يقضي بأن يكون حق المرور في نظير تعويض كامل يدفع مقدماً ، ولكن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب عدلت هذا النص ، فأصبح في نظير تعويض عادل ، واستقر هذا التعديل في التقنين الملغى^(٢) . وعلى ذلك لا يشترط ، عندما يرفع صاحب الأرض المحبوسة الدعوى على الجار ، أن يعرض عليه التعويض الواجب^(٣) . وليس من الضروري أن يقتدر القاضى التعويض مبلغاً إجمالياً يدفعه صاحب الأرض المحبوسة للجار^(٤) ، بل يصح أن يجعل التعويض على أقساط تدفع في أوقات معينة ، كما يصح أن يجعل التعويض ايراداً مرتباً يدفع في أول كل سنة^(٥) .

ولكن يجوز للجار ، في جميع الأحوال ، أن يمنع صاحب الأرض المحبوسة من المرور قبل أن يدفع التعويض المستحق في ذمته واجب الأداء ، وذلك تطبيقاً

— ويدخل في التعويض نفقات إنشاء المر في أرض الجار (جرينويل ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ٤١ - پلافول وريور وبيكار ٣ فقرة ٩٢٩ ص ٩٠٥) .
وإذا لم يوجد ضرر أصلاً ، فلا تعويض (استئناف غخط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٢) .

(١) انظر آلفا فقرة ٤٦٨ .

(٢) انظر آلفا فقرة ٤٦٥ في الماش .

(٣) نقض فرنسي ١٥ يونيو سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ١ - ٥٠٢ - يودى وشولفو فقرة ١٠٥٩ ص ٧٩٧ .

(٤) ولو أن تقدير مبلغ إجمالى أدى لعدم تجديد النزاع في شأن مقدار التعويض (استئناف غخط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٢) .

(٥) استئناف غخط ١١ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٧ - نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٤٥ دالوز ٤٦ - ١ - ٣٢٦ .

لتواعد الحق في الحبس^(١) . ومع ذلك إذا مر صاحب الأرض المحبوسة فعلا في أرض الجار قبل أن يدفع التعويض ، فإنه يكون مستعملا لحقه ، ولا يكون مسئول مسئولية جنائية لدخوله في أرض الغير دون حق^(٢) . وإنما يطالبه الجار بالتعويض المستحق ، وقد يطالبه بتعويض إضافي إن مرقى موضع غير الذي جدد له ، وقد يحتمى الجار بدعوى منع التعرض^(٣) .

ودعوى المطالبة بالتعويض تتقدم بخمس عشرة سنة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى . فإذا حصل صاحب الأرض المحبوسة على حق المرور في أرض الجار ، سواء بالاتفاق أو بموجب حكم قضائي ، أو مارس حق المرور فعلا دون اتفاق أو حكم ، فإن التعويض يصبح مستحقا . فإذا سكنت الجار عن المطالبة به مدة خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه ، فإن دعواه تسقط بالتقادم^(٤) . وإذا حكم للجار بالتعويض ، أو تراضى عليه مع الطرف الآخر ، وكان التعويض مبلغا إجماليا ، ولم يطالب به الجار خمس عشرة سنة منذ استحقاق المبلغ أو منذ استحقاق أى قسط منه ، فإنه يسقط هنا أيضا

(١) إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ .

(٢) انظر م ١/٨٧ عقوبات (المرور في أرض مزرعة أو مهاد للزرع وكان ذلك بدون حق قانوني) وم ٣٧٣ عقوبات (دخول ملك الغير بدون إذن) .

(٣) نقض فرنسي ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٠ سيده ٦٢ - ١ - ١٠٨ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٩ سيده ٨٠ - ١ - ٢٣١ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ دالوز ٣٥ - ١ - ٦٨ - لوران ٨ فقرة ٩٧ - يودر وشوفو فقرة ١٠٥٩ ص ٧٩٧ - أوبري وروو فقرة ٢٤٣ ص ٤١ - بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٣٤ - بلانيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٠ - شفيق شحانة فقرة ٣٦٣ - محمد علي عرفة فقرة ٢٣٠ - عبد المنعم القبة أوى فقرة ٣٤١ - إسماعيل غانم فقرة ٥٦ - ص ١١٧ - ص ١١٨ - عبد المنعم الصدة فقرة ٧٩ ص ١٢٠ .

وإذا استمر صاحب الأرض المحبوسة يستعمل حق المرور مدة سنة ، فله هو أيضا أن يحتج بدعوى منع التعرض (بلانيول وديبير وبيكار فقرة ٩٣٠) .

(٤) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٠ - محمد علي عرفة فقرة ٢٣٠ - إسماعيل غانم فقرة

٥٨ ص ١٢٢ - حسن كيرة فقرة ٧٤ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ - عبد المنعم ج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٨١ - كذلك إذا بقي الجار يمر في أرض المالك مدة خمس عشرة سنة دون أن يدفع مقابلا لذلك ، فإن موضع المروية يتكثف بالتقادم كما قدتنا ، وكذلك تسقط دعوى التعويض بالتقادم (نقض فرنسي ١٠ فبراير سنة ١٩٤١ جازيت ص ١١٤١ - ١ - ١٥٣ - أوبر وروو ٣ فقرة ٢٤٣ وحامش ٢٦ - بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٤٢ - بلانيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٣) .

بالتقدم^(١) . بل إذا كان التعويض المأمور به أو المقتضى عليه إيراداً يتجدد كل سنة ، فإن هذا الإيراد يسقط بخمس سنوات شأنه في ذلك شأن كل دين حورى متجدد^(٢)

§ ٣ - المظلات والمناور

٤٧٣ - المظلل للمواضع والمظلل المنحرف والمنور : عند إقامة بناء يقتضى الأمر نصب فتحات في محيطاته يتخذ منها الضوء والهواء إلى داخل البناء ، ويمكن منها الإطلال للنظر إلى الخارج .

فإذا أحدث الفتحة لهذه الأغراض الثلاثة معاً - الضوء والهواء والنظر - سميت مظلاً (vue) ، وذلك كالتوافذ والشبابيك والشرفات واللبكونات والمخارج بوجه عام . وإذا قصرت على الضوء والهواء دون النظر ، سميت منورا (jour, de souffrance, de tolérance) . أما في القانون الفرنسى فالمناور لا يكون إلا لنفاذ الضوء ، دون الهواء ، إذ يجب تجهيزه بشباك من حديد لا تزيد العين من هيونته على دهمتر واحد ، وسله بزجاج غير شفاف (verre dormant) ، فلا يمر فيه الهواء ولا يمكن منه النظر^(٣) . ولا يشترط ذلك في القانون المصرى ، فالمناور في هذا القانون يستعمل لمرور الهواء كما يستعمل لنفاذ الضوء^(٤) .

(١) بودوى وشوفو لقرة ١٠٦٧ ص ٨١٠ - أنبرى درو ٣ لقرة ٢٤٣ ص ٤١ - ص ٤٢ - إسحاق فام لقرة ٥٨ ص ١٢٣ - حسن كيرة لقرة ٧٤ ص ٢٢٢ - عبد المنعم فرج لصدة لقرة ٨٣ ص ١٢٤ - منصور مصطفى منصور لقرة ٣٤ ص ٨١ .

(٢) إسحاق فام لقرة ٥٨ ص ١٢٣ - ص ١٢٤ - عبد المنعم فرج لصدة لقرة ٨٣ ص ١٢٤ - منصور مصطفى منصور لقرة ٣٤ ص ٨١ .

(٣) نقض لى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ جازيت دى پاليه ١٩٢٥ - ١ - ٦٥٠ - قانون دوبيير ميهكار ٣ لقرة ٩١٤ .

(٤) وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٨٢١ مدق كاسرى (انظر مايل لقرة ٤٧٩) . بل إن هذا كان هو الحكم أيضاً في عهد التفتين المدق السابق ، بالرغم من أنه كان لا يشتمل على نص خاص بالمناور يقابل المادة ٨٢١ مدق ، ولكن لقتضاء المصرى كان يطبق الحكم دون نص (استئناف مصر ٢٤ نظير سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧٤٢ - أبنوب ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ٥ رقم ٢٨٨ ص ٣٩٧ - فارد مع ذلك الجيزة الجزئية ١٦ أبى على سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ رقم ٣٨٨ ص ٧٧٨) .

ولا فرق إذن بين المطل والمنور في القانون المصري إلا من حيث إمكان الإطلال
النظر في الأول وعدم إمكان الإطلال في الثاني ، ولذلك يكون المنور فتحة
في الحائط كالمطل ، ولكنها فتحة تملو على قامة الإنسان فلا يستطيع الإطلال
منها في الوضع العادي^(١) .

والمطل إما أن يكون مطلا مواجهها (vue droite, de face) يمكن الإطلال
منه على ملك الجار مباشرة دون حاجة إلى الالتفات يمينا أو شمالا ، أو مطلا
منحرفا (vue oblique, de côté) لا يمكن الإطلال منه على ملك الجار
إلا بعد الالتفات يمينا أو شمالا أو إلا بعد الانحناء إلى الخارج^(٢) .

ولما كان المطل المواجه هو أشد الفتحات مضايقة للجار ، ويليه المطل
المنحرف ، ثم المنور ، فقد جعل القانون لكل حكمه ، وقيد المطل المواجه
بقيده أشد من قيد المطل المنحرف ، وأطلق المنور من كل قيد .

(١) - المطل المواجه والمطل المنحرف

٤٧٤ - نص من قانونية : تنص المادة ٨١٩ مدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل
عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل ، أو من حافة
المشرفة أو الخارجة » .

٢ - وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه للملك الجار على
مسافة تقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة
السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل^(٣) .

(١) وقد قضى بأنه لو أمكن الإطلال على الجار من الفتحة المتباعدة منورا ، وجب اعتبارها
مطلا أي كان ارتفاعها (دعوى الجزئية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الحامدة ١١ رقم ٣٣٠ ص ٦٦٦) .
ويوجد أيضاً ، إلى جانب المنور والمطل ، ارتفاق الرؤية (servitude de prospect) ،
ويسمى الحق للملك في الإطلال على ملك جاره والنظر إلى مدى بعيد ، بحيث لا يسمح للجار بالبناء
في حدود هذا المدى حتى لا يسلط حق الملك في النظر ، وهو حق ارتفاق يكسب بما يكسب به مالك
حقوق الارتفاق (بودر وشولفو فقرة ١٠٣٣ ص ٧٦٨ - ص ٧٦٩) .
(٢) قضى مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ حصة عمر ٤ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ .
(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٧ من المشروع النهائي على وجه مطابق
لما استقر عليه في التفتين المدف المجدد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٠ في المشروع -

ويقابل النص في التقنين الملئى السابق المادتين ٣٩ - ٦١/٤٠ - ٦٢ (٣) .
 ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين الملئى
 السوري م ٩٧٠ و ٩٧٢ - ٩٧٣ - وفي التقنين الملئى الليبي م ٨٢٨ - ولا مقابل
 للنص في التقنين الملئى العراقى - ويقابل فى قانون الملكية العقارية اللبنانى
 م ٦٦ و ٦٨ - ٦٩ (٣) .

= الباقى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٨ ، فجلسه الشيوخ تحت رقم ٨١٩ (حصة
 الأعمال التصديرية ٦ ص ٦٧ - ص ٦٩) .

(١) التقنين الملئى السابق م ٩١/٢٩ : لا يجوز الجار أن يكذب له على جاره ، مطلق على
 خط مستقيم بمسافة أقل من متر واحد .
 م ٦٢/٤٠ : تقاس تلك المسافة إما من ظهر الحائط الذى فيه المطل المذكور ، أو من ظاهر
 الحرجة أو المشرية .

(وأحكام التقنين الملئى السابق توافق أحكام التقنين الملئى الجديد . وزاد التقنين الملئى الجديد
 بأن حسم خلافا كان قائما فى القضاء المصرى بشأن كسب المطل المواجه بالتضادم كاسمى) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين الملئى السوري م ٩٧٠ : ١ - لا يجوز لملك عقار أن يكون له مطل مستقيم أو نوافذ
 أو شرفات أو سوى ذلك من التتوات ، على أرض مسورة أو غير مسورة لملك المجاور ، ما لم
 يكن بين الحائط الذى يحدث فيه هذا المطل أو هذه الشرفات وبين تلك الأرض مسافة مترين .
 ٢ - وإذا لم تكن هذه المسافة موجودة ، فلا يجوز فتح النوافذ أو الشبائيك إلا على علو مترين
 ونصف من أرض الفرقة المراد إضاءتها إذا كان الطابق أرضيا ، وعلى علو متر وتسمين ستمتيرا
 من أرض الفرقة إذا كان الطابق علويا .

م ٩٧٢ : لا يبرى المنع الوارد فى المادتين ٩٧٠ و ٩٧١ على الأسطحة وعلى النوافذ المنقوسة
 على المحطرات العامة .

م ٩٧٣ : تحسب المسافة المنيعة فى المادتين ٩٧٠ و ٩٧١ ابتداء من ظاهر الحائط الخارجى
 حيث تكون للنوافذ ، وما بها من التتوات فابتداء من خطها الخارجى حتى الخط الفاصل بين
 الشرفات .

(وأحكام التقنين السوري توافق أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا تحديد المسافة المطل بمترين
 بدلا من متر واحد فى التقنين المصرى) .

التقنين الملئى الليبي م ٨٢٨ (مطابق) .

التقنين الملئى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى :

م ٦٦ (مطابقة لقادة ٩٧٠ سوري) .

م ٦٨ (مطابقة لقادة ٩٧٢ سوري) .

م ٦٩ (مطابقة لقادة ٩٧٣ سوري) .

وتنص المادة ٨٢٠ مدني على ما يأتي :

« لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المظل . ولكن يرتفع هذا الخطر إذا كان المظل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام » (١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، فلم يكن هناك في هذا التقنين قيد مسافة بالنسبة إلى المظل المنحرف .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٧١ - ٩٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٢٩ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل النص في قانون الملكية العقارية اللبناني م ٦٧ - ٦٩ (٢) .

(١) وأحكام التقنين اللبناني توافق أحكام التقنين المصري ، فيما عدا تحديد المسافة المظل يترين ، بدلاً من متر واحد في التقنين المصري - وانظر في القيود الخاصة بالمطلات في لقائنا اثنيان حسن كبيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات على الآلة الكتابة سنة ١٩٦٥ ص ١١٩ - ١٢٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٨ من المشروع التمهيد على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٨٩١ في المشروع النهائي ، بعد تعديلات لفظية طفيفة أصبح بعدها مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه المجلس النواب تحت رقم ٨٨٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٠ (موعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٦٩ - ص ٧٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٧١ : لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل جانبي أو منحرف على أرض مسورة أو غير مسورة المجاور ، ما لم يكن بين الحائط المحدث فيه المطل وبين الأرض المذكورة مسافة نصف متر .

م ٩٧٢ (سبق ذكرها تجاه المادة ٨١٩ مصري) .

م ٧٩٣ (سبق ذكرها تجاه المادة ٨١٩ مصري) .

(وأحكام التقنين السوري توافق أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٨٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني :

م ٦٧ (مطابقة المادة ٩٧١ سودي) .

ويخلص من هذه النصوص أن المظل ، مواجهها كان أو منحرفاً ، بتقدير فتحه بأن يكون على مسافة معينة . وبما لا يتطابق قيد المسافة عام ، فيسرى على المباني في المدن والقرى . ولكن هناك مطلات ، كما سنرى ، معفاة من قيد المسافة . فإذا وجب قيد المسافة ، فالمطلات المستوفية لهذا الشرط ترتب عليها أحكام غير تلك التي ترتب على المطلات غير المستوفية له . فهذه مسائل أربع نبحثها فيما يلي .

٤٧٥ — قيد المسافة : هنا يجب التمييز بين المظل المواجه والمظل المنحرف على النحو الذي قلناه .

فإذا كان المظل مواجهها ، فهو أكثر مضايقة للجار المتنوع عليه المظل كما سبق القول . لذلك تشترط المادة ١/٨١٩ مدني ، كما رأينا ، ألا يفتح على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المظل ، أو من حافة المشربة أو الخارجية . فإذا كان المظل نافذة أو شباكاً مفتوحاً في حائط من حوائط المبنى ، أخذ الخط الذي يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها الحائط كبداية ، وأخذ الخط الذي يفصل ما بين العقارين كنهاية . فإن كانت المسافة ما بين خط البداية وخط النهاية متراً أو أكثر ، كان المظل المواجه مفتوحاً في حدود المسافة القانونية . وإن كانت هذه المسافة أقل من متر ، كان المظل المواجه مجاوزاً لحدود المسافة القانونية . وإذا كان المظل المواجه خارجة^(١) ، شرفة كان أو هيراندا (veranda) أو تراسا (terrace) أو بلكونا (b) أو غير ذلك^(٢) ، كانت نقطة البداية هي حافة المشربة أو الخارجية

١ - م ٦٨ (مطابقة المادة ٩٧٢ سوري) .

٢ - م ٦٩ (مطابقة المادة ٩٧٣ سور) .

(وأحكام التفتين اللبناني توافق أحكام التفتين المصر) .

(١) ويلاحظ أن الخارجية تعتبر مطلاً مواجهها ، ليس فحسب بالنسبة إلى ماله أمامها ، بل أيضاً بالنسبة إلى ما هو على يمينها وما هو على شمالها (نقص فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٦ سوريه ١٩١١ - ١ - ٢٧٠ - بودري وشوفو فقرة ١٠٣١ ص ٧٦٤ - وقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٥) .
(٢) كالأرض رقت واستندت إلى حائط فأصبحت بمثابة تيراس (بلانيول وديور ويككل ٣ فقرة ٩١٩ ص ٨٩٦ حاشي ٢) ، أو تيراس مخطط على سطح المنزل (بودري وشوفو فقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٦) .

ونقطة النهاية هي دائماً الخط الفاصل ما بين العقارين ، ويجب أن تكون المسافة ما بين مائتين التقطعتين لا تقل عن متر . وإذا كان العقاران يفصل فيما بينهما حائط مشترك ، فالخط الفاصل هو منتصف سمك هذا الحائط (١). وعلى ذلك إذا كان حائط المبنى قائماً على مسافة تقل عن متر من الخط الفاصل ، أو كان من باب أولى قائماً على الخط الفاصل ذاته وهذا جائز ، فإنه لا يصح في هاتين الحالتين أن تفتح في الحائط مغللات مواجهة .

أما إذا كان المظل منحرفاً ، فهو أقل مضايقة للجار . ونذلك تقل المسافة ، فتصبح نصف متر بدلا من متر . ونقول في المادة ٨٢٠ مدني ، كما رأينا ، في هذا الصدد : « لا يجوز أن يكون للجار على جاره مظل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المظل » . فتقاس المسافة إذن من حرف النافذة إلى الخط الفاصل ما بين العقارين ، فإن كانت نصف متر أو أكثر كانت المسافة قانونية ، وإلا فهي غير قانونية (٢) .

وإذا كان الفاصل بين العقارين أرضاً فضاء مشتركة ، كطريق خاص أو فناء أو ممر للاستعمال المشترك ، دخلت هذه الأرض الفضاء كلها في حساب المسافة القانونية ، سواء للمظل المواجه أو للمظل المنحرف ، فيحسب المتر ونصف المتر من المظل إلى آخر الأرض المشتركة حيث تلاصق حمار الجار ، لا إلى نصف هذه الأرض فقط (٣) .

٤٧٦ - مجال تطبيق قير المسافة : وما قلتمناه من قبل المسافة ، في المجلدات المواجهة والمطلات المنحرفة ، ينطبق على جميع العقارات المملوكة ملكية خاصة ، حتى لو كانت المالكة هي الدولة مادامت ملكيتها ملكية خاصة .

(١) ديبولب ١٢ فقرة ٥٥٧ - لوران ٨ فقرة ٥٨ - بودري وشوفو فقرة ١٠٣٩ .

(٢) ونرى عن البيان أن مسافتي المتر ونصف المتر إنما تكونان حيث لا يوجد نص تشريعي آخر يبين مسافة أخرى ، وتوجد هذه النصوص التشريعية المخالفة كثيراً في قوانين تنظيم المباني (انظر محمد علي عرفة فقرة ٢٥١ - حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٢٧ هامش ١) .

(٣) تقضى قرنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٥٥٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٧٤٤ - بودري وشوفو فقرة ١٠٤١ - بلانويول وريبير ويكاف ٣ فقرة ٩٢٠ - حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٣٩ .

أما الأملاك العامة ، فلا يسرى قيد المسافة بالنسبة إليها كما سنرى (١).
ولا يشترط أن تكون العقارات موجودة في المدن ، فالعقارات الموجودة في القرى يسرى بالنسبة إليها هي أيضاً قيد المسافة (٢).
ويستوى في العقار الذي يفتح فيه المثل أن يكون مسكوناً أو غير مسكون ، وأن يكون مسوراً أو غير مسور (٣).

٤٧٧ - المدة الممنوعة من قيد المسافة : على أن هناك مطلات لا تخضع لقيد المسافة ، فيمكن فتحها على أية مسافة كانت من العقار المجاور ، وأهمها ما يأتي :

أولاً - الأبواب ومدخل العقار ، فهذه لا تعتبر مطلات ، إذ هي لا تعد للإطلال منها على الجار ، بل هي موجودة أصلاً للدخول إلى العقار والخروج منه (٤).

(١) انظر ما يلي فقرة ٤٧٧ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٢ - غلانيول وديبيز وبيكار ٣ فقرة ٩١٥ .

(٣) بودي وشوفو فقرة ١٠٣٢ ص ٧٧٧ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٢ -

غلانيول وديبيز وبيكار ٣ فقرة ٩١٥ - كولان وكابيتان ودي لامورانهير ١ فقرة ١٠١٠

ص ٨١١ - ص ٨١٢ .

ويعتبر المثل المفتوح على أرض غير مبنية غالباً مفتوحاً على سبيل التسامح (نقص مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مومة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ١٣١ - ١٤ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٩ ص ١٠٣٤ - الإسكندرية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المضافة ١٠ رقم ٢٩٦ ص ٥٩٢ - طنطا ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المضافة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - مصر ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ المضافة الرسمية ٣٢ رقم ٩٧ ص ٢١٥) .

ولا يشترط إثبات أن المثل المفتوح على أقل من المسافة القانونية قد أحدث ضرراً الجار . وقد قضت محكمة النقض بأن قول الشارع في المادة ٣٩ مدني (قديم) : لا يجوز الجار أن يكون له حل جاره مثل مقابل ، معناه التحريم ، ولكنه يحل بوجوب إزالة الفعل المهرم بلا نظر إلى كونه أحدث ضرراً بالفعل أو لم يحدث ، فإنه مع التحريم يكون الضرر مفترضاً قانوناً ، فلم تحدث المحكمة في حكمها بالإزالة عن اعتناء الجار في طلب الإزالة لعدم إصابته بضرر من شأنه أن يستوجبها لا يقدم في حكمها ، إذ هذا التحدث كان يكون له محل لو أن المحكمة كانت تملك النظر في قيام الضرر أو عدم قيامه (نقص مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٨ ص ٥٢١) .

(٤) نقض فرنسي ٢٨ يونيو سنة ١٨٦٥ دالغوز ٦٦ - ١ - ١٥٤ - ٢٥ مارس سنة ١٩٠٢ دالغوز ١٩٠٢ - ١ - ٢٦٦ - بودي وشوفو فقرة ١٠٣٢ ص ٧٧٧ - أوبري ورو ٢ فقرة

١٩٦ ص ٢٩٧ - غلانيول وديبيز وبيكار ٣ فقرة ٩٢١ ص ٨٩٧ - كولان وكابيتان ودي

ثانياً - المطلات التي لا تكشف من العقار المجاور إلا حيطاناً مسلوذة ما لم تنهدم هذه الحيطان ، أو لا تكشف إلا السطح ، أو التي لا يبصر الناظر منها إلا السماء . فالحكمة من قيد المسافة في هذه الحالات منعدمة ، ومن ثم يجوز فتحها على أية مسافة كانت ، بل يجوز فتحها في الحائط المقام على الخط الفاصل ما بين العقارين (١) .

ثالثاً - المطلات المواجهة للطريق العام ، ولو كانت مطلات منحرفة بالنسبة إلى العقار المجاور . وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ٨٢٠ مدني ، كآرائنا ، صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول : « ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجهة للطريق العام » ، وقد ورد هذا النص في شأن المطل المنحرف الذي يكشف عقاراً مملوكاً ملكية خاصة ، ولا حاجة لمثل هذا النص في شأن المطل المواجه للطريق العام إذا لم يكن مطلاً منحرفاً كاشفاً لعقار مملوك ملكية خاصة . ذلك أن الطريق العام إنما تمرى عليه القواعد والنظم التي تضعها السلطة العامة ، فليس في حاجة إلى قيد المسافة . وهذا ما استقر عليه القضاء والفقه في فرنسا ، دون أن يوجد في في التقنين المدني الفرنسي نص صريح في هذا المعنى (٢) .

= لامورانديز بقرة ١٠١٠ ص ٨١٢ انظر حكسك ذلك محمد كامل مرسى ١ بقرة ٣٦٦ ص ٤٧٥ -
عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٩٩ ص ١٤٥ - ديباط الجزئية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الحامدة ١١
رقم ٣٢٠ ص ٦٦٦ .

(١) أوبري ورو ٢ بقرة ١٩٦ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠ - بلانوي وديبير وبيكار ٣ بقرة ٩٢١ ص ٨٩٨ - ص ٨٩٩ - ماري وريزو بقرة ٢٧٩ ص ٢٩٢ - إسماعيل غانم بقرة ٤٦ ص ١٠١ - انظر حكسك ذلك عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٩٩ ص ١٤٦ - منصور مصطفى منصور بقرة ٢٨ ص ٩٢ هامش ١ - وإذا أنهدم الحائط الذي يكشفه المطل ، فأصبح المطل يكشف أجزاء العقار الداخلية ، جاز لصاحب هذا العقار أن يطلب من المطل حتى يرفع المطل مفتوحاً على الحائط مدة خمس عشرة سنة . ذلك لأن بقائه المطل مفتوحاً على الحائط هذه المدة لا يكسب صاحبه حق ارتفاق بالتقادم ، إذ ليس في هذا العمل اعتداد يكسب قيامه حقاً بالتقادم (بودري وشولفر بقرة ١٠٣٨) .

(٢) نقض فرنسي أول يولي سنة ١٨٦١ دالوز ٦٢ - ١ - ١٣٨ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٨٥ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٥٥٨ - ٩ يناير سنة ١٩٢٤ دالوز الأخير ١٩٣٤ - ١٤٩ - أوبري ورو ٢ بقرة ١٩٦ ص ٢٩٧ - ٦٩٨ - بودري وشولفر بقرة ١٠٤٠ - بلانوي وديبير وبيكار ٣ بقرة ٩٢١ ص ٨٩٨ .

٤٧٨ — المظلمت المستوفية لقيد المسافة والمظلمت غير المستوفية لهذا

القيد : فإذا وجب قيد المسافة . وكان المظل مستوفيا له . فإنه بعد استعجالا
لرخصة في حدودها القانونية^(١) . ولا يعتبر المظل ، مواجهها كان أو منحرفا ،
في هذه الحالة ، حتى ارتفاق على العقار المجاور ، بل هو كما قلنا قيد من قيود
الملكية لمصلحة العقار المجاور^(٢) . فإذا أراد صاحب هذا العقار الأخير هو
أيضا البناء في ملكه ، كان بالخيار بين أن يبني في حدود ملكه فيقيم حائطا على
الخط الفاصل بين العقارين ولكنه في هذه الحالة لا يستطيع أن يفتح فيه مطلا
لأنه لا يكون في حدود المسافة القانونية ، أو أن يتعد عن الخط الفاصل بمسافة
متر إذا أراد فتح مظل مواجه أو بمسافة نصف متر إذا أراد فتح مظل
منحرف^(٣) .

أما إذا كان المظل غير مستوف لقيد المسافة ، بأن كان مفتوحا على مسافة
أقل من متر إذا كان مواجهاً ، أو على مسافة أقل من نصف متر إذا كان مطلا
منحرفاً ، كان لصاحب العقار المجاور أن يطلب مده^(٤) . وإذا فرضنا أن

(١) نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما قصده الشارع من المادة ٣٩ من القانون المدني
(القديم) إنما هو تقييد حصة صاحب الأرض المدة البناء في أن يقيم البناء على نهايتها إذا كان يريد
فتح مطلات له على ملك جاره . وهو لم يقصد بحال أن يحيل العقار المجاور شامدا العقار الذي فتح
فيه المظل على المسافة القانونية من يوم فتحه ، بحيث يكون محلا بحق ارتفاق سلبى لا يمكن معه
لصاحب هذا العقار أن يقيم بناء على حدود ملكه ، أو أن يسوره ويصرف في سواه بالهدم والبناء
مرة بعد مرة وفي كل آن . وذلك لأن هذا الارتفاق السلبى ليس مما يكتسب بمضى المدة ، وإنما هو
لا يكون إلا بالاتفاق عليه . فالظل لا يعتبر ارتفاعا للعقار المجاور المظل على العقار المظل عليه ، كان مفتوحا
على المسافة لثباته (نقض في ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ وقد
سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) — وانظر حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨ .

(٣) أوبري ورد ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٩ — بلانول وريبر ويكار ٣ فقرة ٩٢٢ .
(٤) نقض مدني ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني فقرة ثمانية وعشرين عاما جزء أول
ص ١٦٦ — وقد قضى بأنه يجوز ، بدلا من مد المظل حدا كاملا ، أن يكتفى بتحويله إلى منحور ،
وذلك بعد الجزء الأسفل بحيث يصير قاعدته أعلى من قمة الإنسان العادية ، إذا كان ذلك ممكنا
(استئناف مصر ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٥ الحاملة ٦ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٤ — فتيق شحاتة فقرة ٣٨٦
ص ٢٧٧ — إسماعيل خاتم فقرة ٤٦ ص ١٠٠) .

المطل كان مواجهاً وكان مفتوحاً في حائط قائم على الخط الفاصل بين العقارين ، كان لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً في عقاره على نفس الخط الفاصل فيسد بذلك المطل المفتوح عليه ، بشرط ألا يفتح هو بدوره مطلاً في الحائط الذي أقامه لأن هذا المطل لا يكون مستوفياً هو أيضاً لتقيد المسافة .

وإذا بقي المطل غير المستوفى لتقيد المسافة مفتوحاً مدة سنة^(١) ، واستوفى شروط دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة بأن كانت الحياة صالحة خالية من العيوب وليست على سبيل التسامح ، فإن صاحب المطل يستطيع أن يمنع الجار من التعرض له في المطل وذلك بدعوى منع التعرض^(٢) ، أو من إقامة حائط على حدود ملكه بسد المطل وذلك بدعوى وقف الأعمال الجديدة . وعلى الجار أن يرفع على صاحب المطل دعوى إنكار حق الارتفاق (action négative) ، فيكون على صاحب المطل ، وقد رفعت عليه الدعوى الموضوعية ، أن يثبت أنه كسب حق ارتفاق المطل بسبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق ومنها التقادم^(٣) .

فإذا ظل المطل المقترح على أقل من المسافة القانونية على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحياة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح ، وكان المطل غير معنى من قيد المسافة على النحو الذي بيناه فيما تقدم^(٤) ، فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ، ويكون له الحق في استبقاء مطله مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية كما هو^(٥) . وليس

(١) إما إذا بقي المطل مفتوحاً أقل من سنة ، فلجار أن يرفع دعوى منع التعرض ، لأن المال ينضمه المطل في غير الحدود القانونية يكون قد تعرض له في حياته (محدد كامل مرسى ١ فقرة ٣٣٣ - محدد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٣ - ص ٣٣٤ - مصر الكلية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٥٥ ص ٢٥٤ - وقارن طنطا الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩) .

(٢) نقض فرنسي ٥ مايو سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ١٤٥ - محدد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٣ .

(٣) استئناف نسط ١٤ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٣٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٩ - محدد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧٤ - فقرة ٣٧٥ - محدد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٤ .

(٤) انظر ألفا فقرة ٤٧٧ .

(٥) نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٥ - ١ - ١٤٥ - ١٩ أكتوبر سنة ١٩٨٦ : -

لصاحب العقار المجاور أن يعترض ، حتى لو كان المثل مفتوحاً في حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين . بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطا في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر أو بمسافة نصف متر بحسب الأحوال ، وذلك حتى لا يسد المثل المكسب بالتقادم كلياً أو جزئياً^(١) . وهذا ما نصت عليه صراحه الفقرة الثانية من المادة ٨١٩ مدني ، كما رأينا ، إذ تقول : « وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مثل مواجه للملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المثل^(٢) » . وكان هناك شك في أن من كسب بالتقادم حق ارتفاع بالمثل يكون من من حقه إلزام الجار بترك المسافة القانونية ، لا على طول فتحة المثل فقط ،

= دالوز ٨٧-١-١١٦-١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣-١-٨٨-٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥-١٤٠-٢ مارس سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨-١-٨١٣-١ أبريل ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٣٢٢-١ يناير وديبر وبيكار ٣ فقرة ٩٢٣ . (١) نقض فرنسي ٢ يولييه سنة ١٩٠٠ سيرييه ١٩٠١-١-٦٩-٢٩ يولييه سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩١٠-١-٧٨-١ أبريل ورو ٢ فقرة ١٩٦ حاش ٣٦-١ بوردو وشولفو فقرة ١٠٣٥-١ يناير وديبر وبيكار ٣ فقرة ٩٢٣ ص ٩٠٠ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « .. ثم حكم (المشروع) خلافاً قائماً في القضاء المصري بشأن كسب المثل المواجبه بالتقادم . فهناك أحكام تقضي بأنه إذا كسب المثل بالتقادم ، فلا يحق للجار أن يبني على مسافة أقل من متر على طول البناء الذي فتح فيه المثل . وهناك أحكام أخرى تعطي الجار الحق في أن يبني على حدود ملكه ، ولو سد المثل المفتوح . وقد أخذ المشروع بالرأي الأول ، لأنه هو الذي يجعل لكسب المثل بالتقادم قيمة جدية ويجب أن يؤخذ بهذا الحل أيضاً في المثل للشرف ، إذا كسب بالتقادم » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٦٨) .

أما الأحكام التي تشير إليها المذكرة الإيضاحية فيها ما يطابق النص : استئناف وطني ١٥ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستئناف ٥ ص ٢٠١-٢ الإسكندرية الوطنية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٩ ص ٢٧٩-٢ المنصورة الخيرية الوطنية ٢ يناير سنة ١٩٢٦ الحامدة ٦ رقم ٤٤٧ ص ٧٣٦-٢ استئناف « نطط » ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٤-٧ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٠٢-٢٧ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٨-١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥٨- ومنها ما يناقضه : استئناف وطني ١٨ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١٠٢ ص ٢١٩-٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٣٨ ص ٦٩-٦ مصر الوطنية ٨ أبريل سنة ١٩٠٩ لحقوق ٢٤ ص ١٤٦-٤ أكتوبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١١٧ ص ٢٢٧ .

بل على طول البناء كله الذى فتح فيه المظل^(١) . وقد جاء التقنين اللبنى المصرى الحديد حاميا فى هذه المسألة بنص صريح ، إذ يقول كما رأينا : « وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المظل »^(٢) .

وإذا التزم الجار ترك المسافة القانونية من حد المظل وأقام بناء ، فليس لصاحب المظل أن يطالب بهدم البناء ، لأنه لم يكسب إلا حق ارتفاق بالمظل . وقد سلم له مطلقه بمسافته القانونية ، دون أن يكسب حق ارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية (non aedificande, de altius non tollendi)^(٣) .

فلذا أقام الجار حائطا فى ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فإنه يجوز له أن يفتح فى هذا الحائط مطلا بشرط أن يراعى هو أيضاً المسافة القانونية . فلذا كان المظل الأول مفتوحا فى حائط مقام على الخط الفاصل ، كان للجار أن يقيم حائطا يبعد عن المظل أى عن الخط الفاصل بمسافة متر ، وله فى هذه الحالة أن يفتح مطلا فى حائطه لأن هذا المظل يكون فى هذه الحالة مفتوحا فى حدود المسافة القانونية فهو يبعد عن الخط الفاصل بمسافة متر^(٤) . وهناك رأى يذهب إلى أن الجار ليس له فى هذه الحالة أن يفتح فى حائطه مطلا ، وإذا أراد ذلك فعليه أن يتبعد بحائطه متراً آخر فيكون على مسافة مترين من الخط الفاصل^(٥) .

ويكسب صاحب المظل بالتقادم حق ارتفاق بالمظل فى نطاق الحيازة التى كانت أساساً للتقادم . فن كسب بالتقادم حق المظل من نافذة واحدة ،

(١) الإكسكدرية الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٩ ص ٢٧٩ - مونبليه ١٥ نوفمبر سنة ١٨٤٧ دالوز ٤٨ - ٢ - ٦٥ .
(٢) محمد كامل ، ص ١ فقرة ٣٨٠ ص ٤٩١ - ص ٤٩٢ .

(٣) استئناف مخطوط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢١ - ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٨ - ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩١ - الإكسكدرية الجزئية المخططة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٨٢ ص ١١٦ - نقض فى ٣١ يولية سنة ١٨٥٥ سبريه ٥٦ - ١ - ٣٩٣ - ٢١ يوفيه سنة ١٩٢١ جازيت دى پاليه ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢١ - عبد المنهر البهادرى فقرة ١٠٤ ص ١٣٢ .

(٤) انظر إسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ١٠٢ هامش ٢ .

(٥) محمد على عرفة فقرة ٢٥٨ ص ٢٣٥ - حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٤١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ١٠٠ ص ١٤٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٧ ص ٩٣ .

لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى^(١). ومن كسب بالتقادم مطلقا للطابق العلوى لا يحق له أن يفتح مطلقا في طابق أعلى أو في طابق أسفل^(٢). ولكن من كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل ، إذا كان لا يستطيع أن يضيف إليه مطلا آخر ، فإنه يستطيع أن يزيد في سعة المطل الذى كسبه بالتقادم ، لأن القانون لم يقيد سعة الفتحات^(٣).

وإذا انهدم الحائط المتوخ فيه مطل كسب بالتقادم ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المطل يرجع من جديد بنفس مداه دون زيادة^(٤). ويجوز إثبات مدى المطل الذى كسب بالتقادم عن طريق البيئة ، لأن الأمر يتعلق بإقامة مادية^(٥). ولكن إذا بقى الحائط منه مده خمس عشرة سنة ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المطل لا يرجع من جديد ، لأنه يكون قد زال بعدم الاستعمال لمدة خمس عشرة سنة^(٦).

ب - المنور

٤٧٩ - نص قانونى : تنص المادة ٨٢١ مدنى على ما يأتى :

ولا تشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهى التى تعلو قاعدتها عن قامة

- (١) مصر للكلية الوطنية أول مارس سنة ١٩٢٧ الهاماة ٧ رقم ٤٣٩ من ٧٠٠ - استئناف نط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٢٤٠ من ٧٦ - نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٨٨ - لوران ٨ فقرة ٦٣ - بودو وشوفو فقرة ١٠٣٥ من ٧٧٢ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ .
- (٢) مصر للكلية استئنافى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٨ من ٥٤ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ من ٤٩٢ .
- (٣) بودو وشوفو فقرة ١٠٣٥ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ من ٤٩٢ - محمد كامل مرسى ٨ فقرة ٦٣ .
- (٤) استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٦٩ من ١٢٤ - استئناف مخط ١٤ يناير سنة ١٨٧٩ م ٩٢٣ .
- (٥) نقض فرنسى ١٧ - ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٨٨ - دعولب ١٢ فقرة ٥٨٢ - لوران ٨ فقرة ٢ - روى وشوفو فقرة ١٩٣٥ من ٧٧٢ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٢ .
- (٦) أجا ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٥ الهاماة ٥ رقم ٩١٦ من ٦٣٠ - محمد كامل مرسى ٢١ فقرة ٣٨٢ من ٤٩٤ .

الإنسان المعتادة ، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور ، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن سكوت هذا التقنين عن تعيين مسافة للمناور معناه أنه لم تكن تشترط فيه أية مسافة لها^(٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٩٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٣٠ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل النص في قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٦٦^(٣) .

ويخلص من هذا النص أن المنور لا يشترط في فتحه أية مسافة كما تشترط مسافات معينة بالنسبة إلى فتح المطل سبق بيانها . وكل ما يشترط في المنور هو أن يكون على ارتفاع معين وألا يستعمل إلا لنفاذ النور ومرور الهواء ، فلا يجوز الإطلال منه على العقار المجاور . وللمنور الذي استوفى هذه الشروط حكم في القانون ، يختلف عن حكم المنور الذي لم يستوفها .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٢ في المشروع الثاني . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢١ (مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ٧١ - ص ٧٢) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « وقد سكوت التقنين الحال (السابق) عن ذكر المناور ، ولكن الحكم فيه هو ما تقدم » (مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ٧١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٩٧٠ : وإذا لم تكن هذه المسافة (مسافة مترين بالنسبة إلى المطل) موجودة ، فلا يجوز فتح النوافذ أو الشبابيك إلا على علو مترين ونصف من أرض التفرقة المراد إصابتها إذا كان الطابق أرضيا ، وعلى علو متر وتسعين سنتيمترا من أرضية التفرقة إذا كان الطابق علويا . (وعلى المنور عن أرضية التفرقة في التقنين السوري هي كما ترى ٢٣ مترا في الطابق الأرضى ١٦٩ مترا في الطوابق الأعلى . في حين أنها في التقنين المصري علو يزيد على قامة الإنسان في جميع الأحوال .

التقنين المدني الليبي م ٨٣٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٦٦ (مطابقة لمادة ٢/٩٧٠ سوري ، واختلف بين

التقنين المصري والتقنين اللبناني هو نفس اختلف بين التقنين المصري والتقنين السوري) .

٤٨٠ - الغير في النور هو في الارتفاع وفي المسافة : قلنا أن

القانون الفرنسي يميز تمييزاً واضحاً بين المناور والمطلات ، فالمنور لا يكون إلا لنفاذ النور ، ولا يجوز مرور الهواء منه ولا الإطلال منه على العقار المجاور . ولذلك يجب ، إلى جانب أن يكون على ارتفاع معين (٢,٦ متراً في الطابق الأرضي و ١,٩ متراً في الطبقات العلوية) : تجهيزه بشباك من الحديد لا تزيد أي عين من عيونه على ديسمتر واحد وسده بزجاج غير شفاف . أما المنور في القانون المصري فلا يختلف عن المطل إلا من حيث الارتفاع ، ومن حيث الغرض المقصود منه إذ المقصود من المنور نفاذ النور ومرور الهواء في وقت واحد ، ولذلك ليس من الضروري أن يجهز بشباك من الحديد ولا أن يسد بزجاج غير شفاف ، ولا يجوز الإطلال من المنور^(١) .

ولا يقيد القانون المصري ، كما لا يقيد القانون الفرنسي ، المناور بمسافات معينة ، كما قيد كل من القانونين المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة . فيجوز إذن فتح المناور في المحيطان على أية مسافة ، بل يجوز أن يقيم المالك حائطاً على الخط الفاصل ما بين عقاره والعقار المجاور ويفتح فيه ما يشاء من المناور . والقيود الوحيدة للمنور ، في القانون المصري ، هو أن يكون ارتفاعه فوق قمة الإنسان المعتادة ، حتى لا يستطاع الإطلال منه . فيمكن أن يكون على ارتفاع مترين مثلاً ، أو على ارتفاع ١,٩ متراً كما هو الأمر في القانون الفرنسي ، ولكن لا يجوز أن يكون على ارتفاع ١,٧٥ متراً فقط إذ أن قمة الإنسان المعتادة تصل إلى هذا الطول^(٢) .

ونرى من ذلك أن الفتحة في الحائط ، في القانون المصري ، إذا لم تكن مرتفعة فهي مطل معد لنفاذ النور ولمرور الهواء وللإطلال منه ، فيجب إذن

(١) انظر ألفا فقرة ٤٧٣ - بودي وشوفو فقرة ١٠٢٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان ارتفاع الفتحة عن سطح الفرة بمقدار بطو من قمة الرجل العاض بحيث لا يتسبب الإطلال منها على الجار ، فلها تعتبر بمثابة منور لا مطل (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧١٢) - وإذا فتح منور في بطر السلم ، قيس الارتفاع من أقرب درجات السلم إلى المنور (بودي وشوفو فقرة ١٠٢٩ ص ٧٦٢ - أبوري ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٢) .

أن تراعى فيه المسافات القانونية التى تقدم بينها . وإذا كانت الفتحة مرتفعة بحيث تعلو على قمة الإنسان المعتادة ، فهى متورمعة لنفاذ النور ولمرور الهواء دون الإضرار منه ، فلا تراعى فيه مسافة ما ولو فتح فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين ، ولكن يراعى فيه هذا القدر من الارتفاع .

٤٨١ - حكم النور المستوفى لشرط الارتفاع : ففى استوفى النور شروطه ، بأن كان على هذا الارتفاع المعين وبأن كان معدا للنور والهواء دون الإضرار ، كان لصاحبه أن يستيقه ، ولا يجوز لصاحب العقار المجاور أن يعترض عليه أو أن يطلب سده^(١) .

ولكن صاحب النور لا يكسب حقاً قبل صاحب العقار المجاور ، فهو يفتح النور إنما أتي رخصة من المباحات . ولذلك يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا فى ملكه على الخط الفاصل ما بين العقارين ، فيسد النور الذى فتحه جاره ، ولا يصبح هذا النور صالحا للإنارة ولا لمرور الهواء^(٢) . وليس لصاحب النور أن يعترض على ذلك ، أو أن يطلب هدم الحائط الذى أقامه الجار فى ملكه ، إذ هو لم يكسب حقاً قبل الجار بفتح النور كما قدمنا . ويكون هذا هو الحكم ، حتى لو أن النور بقى مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، فيجوز للجار ، حتى بعد انقضاء هذه المدة ، أن يقيم حائطا فى ملكه يسد به النور . ولا يجوز لصاحب النور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح النور بالتقدم ، فهو إنما أتي رخصة من المباحات كما قدمنا ، وإتيان الرخصة لا يصلح أساسا للحيازة ولا للتملك بالتقدم المكسب^(٣) .

(١) ولكن لا يجوز لصاحب النور أن يسيء استعماله ، كأن يقلف منه على الجار لمفات حزنه ، أو أن يعطل ما يمكنه من الإضرار من النور على الجار (المجلة ١٦ أ ب س ل ١٩٢٩ المضافة ١٠ رقم ٣٨٨ - ٧٧٨ - ديباط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المضافة ١١ رقم ٣٣٠ - ٦٦٦ - محمد على هـ فة فقرة ٢٥٤ ص ٣٢٨ - إسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ٩٩ - ص ١٠٠ - عبد المنعم فريج الصدة فقرة ١٠٠ ص ١٥٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٩٤ .

(٢) أوبرى وردو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٣ - بودر وشوفو فقرة ١٠٣٠ - بلانويو وديير وبيكار ٣ فقرة ٩١٧ - نقض فرنسي ٢٥ يناير سنة ١٨٦٩ دالوز ٧٠ - ١ - ٧٢ - ٢٤ يناير سنة ١٨٦٣ دالوز ٩٣ - ١ - ١٦٦ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٣١٢ - ٨ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ١٤٠ .

(٣) استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المضافة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧٣٢ - ملط -

ونرى من ذلك أن المالك ، إذا فتح منوراً في حائط أقامه ، يحسن به أن يبتعد بالحائط عن الخط الفاصل ما بين العقارين لمسافة كافية لبقاء المنور صالحاً للغرض المقصود منه ، وهو الإنارة والتهوية . حتى لو بنى جاره حائطا على الخط الفاصل فيما بعد ، فإن المنور يكون في هذه الحالة بعيداً عن حائط الجار بعداً كافياً يبق على صلاحيته كنور .

٤٨٢ - حكم المناور غير المستوفية لشرط الارتفاع : وإذا كان المنور غير مستوف لشرط الارتفاع الواجب ، بأن كان مفتوحاً مثلاً على ارتفاع ١.٧٥ متراً أو على ارتفاع أقل من أرضية الحائط ، فإنه يعتبر في القانون المصري مطلاً لا منوراً كما تقدم القول . ومن ثم يجب التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون هذا المطل قد روعيت فيه المسافة القانونية التي سبق بيانها في المطل المواجه والمطل المنحرف . وفي هذه الحالة لا يجوز للجار الاعتراض عليه ، لا من حيث إنه منور ولا من حيث إنه مطل . وتسرى الأحكام التي قدمناها في المطلات المفتوحة في حدود المسافة القانونية (١) .

(الحالة الثانية) أن يكون هذا المطل لم تراعى فيه المسافة القانونية . وفي هذه الحالة يجوز للجار أن يعترض عليه وأن يطلب سده . ولا يجوز لصاحبه أن يدعى أنه إنما فتح منوراً لا مطلاً ، وأن شكل الفتحة وسعتها ووضعها بدل كل ذلك على أن المقصود منها الإنارة والتهوية لا الإطلال ، وأن الفتحة لا تستعمل فعلاً للإطلال . فإدانت الفتحة ليست على الارتفاع الواجب قانوناً ، فهي مطل لا منور كما تقدم ، وتسرى عليها جميع الأحكام التي تسرى على المطلات غير المستوفية لقيد المسافة وقد تقدم بيانها (٢) .

١ - الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - بنوب ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٨٤ ص ٢٩٧ - بودرى وشوقو فقرة ١٠٣٠ ص ٧٦٣ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٨٦ - شفيق شحاتة فقرة ١١٩ - محمد علي ٤ فقرة ٢٥٤ ص ٣٢٨ - عبد المنعم البدرى فقرة ٩٩ - إسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ٩٩ .

(١) انظر آتفا فقرة ٤٧٨ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٤٧٨ .

ومن هذه الأحكام أن الفتحة إذا بقيت على وضعها مدة خمس عشرة سنة ، فقد كسب صاحبها حق ارتفاق بالمطل . ولا يجوز بعد ذلك للجار أن يعترض على بقاء الفتحة ، ولا أن يطلب سداها ، سواء أهدرت منورا أو مطلا (١) .

(١) محمد كامل - ص ١ فقرة ٣٨٩ - محمد علي مرة فقرة ٣٥٤ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ -
 عبد المنعم البدراوي فقرة ٩٩ ص ١٢٧ - إسحاق خانم فقرة ٤٦ - عبد المنعم فراج الصدة
 فقرة ٦٦ - حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٧٤٢ .

الباب الثالث

الملكية الشائعة

٤٨٣ - **تقديم الموضوع :** تجرى في تقسيم الموضوع على نهج التقنين المدني ، فتتکلم أولاً في الملكية الشائعة بوجه عام ، ثم تتکلم في وضع خاص للشيوخ هو الشيوخ الإجباري .

الفصل الأول

الملكية الشائعة بوجه عام (*)

(Coproprété - Indivision)

٤٨٤ - **الملكية الشائعة في التقنين المدني السابق والتقنين المدني الجديد :** هذا التقنين المدني السابق حلل التقنين المدني الفرنسي ، فكان مقتضياً أشد

* مراجع : Lebreton في فكرة الشيوخ في القانون الفرنسي رسالة من Caen سنة ١٩٢٢ -
في Sienon في الشيوخ الوراثي في القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - Cembron في
الشيوخ وملكية الطبقات (شرح القانون البلجيكي الصادر في ٨ يولييه سنة ١٩٢٤) بروكسل
سنة ١٩٢٥ - Jonaas في الشيوخ في المال رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ .
De Varennes - Sommier في الملكية الشائعة في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٧ ص ٥٢٧
وما بعدها - كاهنات في الشيوخ الوراثي في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص ١٩ وما بعدها ص ٨٤
وما بعدها - شكري فرداخي في الملكية الشائعة في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٠ ص ٣٠٠ وما بعدها -
Vincent في الملكية الجماعية والشيوخ والأثر الكاشف لقصة في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢
ص ٢٨٤ وما بعدها - حامد زكي نحو تنظيم تفرعي للملكية الشائعة في مصر في مجلة جمعية التشريع
المقارن سنة ١٩٣٣ ص ٣٧٦ وما بعدها ص ٥٠٧ وما بعدها - Supervielle في فكرة
الملكية الشائعة في مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٤٨ ص ١٠٢٥ وما بعدها .

الاتقصاب^(١) في النصوص التي أوردها في شأن الملكية الشائعة (copropriété) (indivision^(٢)) ، وذلك بالرغم من انتشار الملكية الشائعة في مصر بسبب الميراث وبقاء الورثة غالباً في الشيوع مدة طويلة . ولا يكاد التقنين المدني السابق يشتمل على نصوص في الشيوع ، فيما عدا بعض النصوص التي تبين إجراءات قسمة المال الشائع ، وضعت في الفصل الخاص بقسمة الشركات . واشتمل تقنين المرافعات السابق على المادة ٦٢١ ، وهي لا تميز الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات . وقد عمل القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق ، كما عمل القضاء الفرنسي ، على سد هذا النقص . وقتن التقنين المدني الجديد أحكام القضاء المصري في هذا الشأن ، وزاد على هذه الأحكام كثيراً من القواعد التي تنظم الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها

(١) وسبب اتقصاب التقنين المدني الفرنسي أن هذا التقنين وقف عند الملكية الـ ومانية ، وهي ملكية فردية يكون فيها مالك واحد له سلطة مطلقة على المال المملوك . فإذا تعدد المالك ، كان هذا أمراً استثنائياً وحائراً مسيره إلى الزوال ، فزوال الشيوع لا يبقاؤه هو الأصل في الملكية الرومانية ، ومن ثم لم تكن هناك حاجة ملحة إلى تنظيم الشيوع في حالة البقاء . وهذا بخلاف الشيوع الجرمانى ، أو ما يسمى بملكية اليد المشتركة (copropriété en main commune, Gesamts Hand) ، حيث يكون المالك هو جماعة من الناس لا يستعملون بالشخصية المنوية . فتختلف الملكية الجاهمية الجرمانية عن الملكية في الشيوع ، في أن المالك في الشيوع هو شخص واحد ولكنه لا يملك إلا حصة غير مفرزة في المال الشائع ، في حين أن المالك في الملكية الجاهمية هو جماعة من الناس ويملكون مجتمعين كل المال . ولا تعتبر الملكية الجاهمية الجرمانية أمراً استثنائياً حائراً ، بل هي أمـ مستقر ، ولذلك كانت لا لتنظيم مفصل . أما في فرنسا فهذه الملكية الجاهمية المستقرة تتخذ صورة الشخص المعنوي ، فيخلع على الجماعة التي تملك المال شخصية معنوية تجعلهم شخصاً واحداً ، ومن ثم تغلب الملكية الجاهمية إلى ملكية فردية .

انظر في الملكية الجاهمية : Meugis في المركز الثاني في الشركات المبردة من الشخصية المعنوية في المجلد الانتقادية سنة ١٨٩٠ ص ٦٩٧ وما بعدها - Josseland في الملكية الجاهمية في الكتاب الماور التقنين المدني جزئه أول ص ٣٥٧ وما بعدها - Ricel في الملكية الجاهمية رسالة من دو لوز سنة ١٩٠٧ - Sieas في الشيوع للوراثي في القانون المقارن رسالة من باديس سنة ١٩٢٢ .

(٢) انظر في وجهه مختلفة لفرقة بين لفظ copropriété ولفظ indivision دارق وريونوفرة ص ٧٣ - والأول الاحتفاظ بلفظ copropriété (الملكية الشائعة) الشيوع في حق الملكية دون غيره من الحقوق العينية الأخرى ، وإطلاق لفظ indivision (الشيوع) على كل شعوع سواء كان في حق الملكية أو في غيره من الحقوق العينية الأخرى (Nerson في أنيكلوبيدى دارق ٢ لفظ Indivision فقرة ٢٩) .

في مصر : ووقف بوجه خاص عند إدارة المال الشائع حتى يمكن لأغلبية الشركاء أن يحدوا من تمتد الأقلية ، وعند التصرف في المال الشائع ، وعند انقضاء الشيوع بالقسمة^(١) .

٤٨٥ - تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية - نص قانوني :

تنص المادة ٨٢٥ مدني على ما يأتي :

« إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصّة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع . وتحسب الحصص متساوية ، إذا لم يتم دليل على غير ذلك »^(٢) .

(١) وقد فصلت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد كل ذلك فيما يأتي : « أما الملكية الشائعة فلا يكاد يتعين الحال (السابق) يذكر هنا شيئاً ، مع ما لهذا النوع من الملكية من الأهمية والانتشار في مصر . وقد تبسط المشروع في الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها . فجعل حق المشتري الجزء مفرز من المال الشائع ينتقل - إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب البائع - إل ما يؤول إلى البائع بطريق القسمة . ووقف بنوع خاص عند إدارة المال الشائع ، حتى يزول ما يصيب أغلبية الشركاء من التبعات بسبب تحكم الأقلية . فبعد أن قرر أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ، فصل هذا المبدأ ، وبين أن ما يستتر عليه رأ من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع يكون ملزماً للجميع . ثم من المشروع لحق استرداد الحصة الشائعة بقصره على المقتول ، حتى لا يتراكم في المقار مع الشفعة . وانتقل بعد ذلك إلى انقضاء الشيوع بالقسمة ، ففصل إجراءاتها وهي تنفق في مجملها مع الإجراءات التي نص عليها التفتين الحال (السابق) . ونص على ألا الكاشف للقسمة ، فأزال بذلك التناقض الموجود ما بين التفتين الأصل والتفتين المختلط . ونص على ضمان التصرف والاستحقاق في القسمة ، وحل نقض القسمة التي فيها يزيد على الرقيم . وهذه نصوص لا نظير لها في التفتين الحال (السابق) . ثم أعقب ذلك بنصوص تتناول قسمة المهادية ، وكلها نصوص جديدة تفرد المبادئ التي استقت عليها القضاء المصري وتزيد عليها بعض الأحكام الصالحة » (موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٢ من للمشروع التمهيد على الوجه الآتي : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً دون أن تد حصّة كل منهم فيه ، فهم شركاء في على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية عند ذلك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقت عليه في التفتين المدف الخديده ، فأصبح رقم النص ٨٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٤ ، فجلس الشيوع تحت رقم ٨٢٥ (موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٨ - ٧٩) .

ولا مقابل للنص في التفتين المدف السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التفتين المدنية العربية الأخرى :

وبين من هذا النص أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات ،
ملكه أكثر من شخص واحد^(١) . وتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير
منقسم ، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال ، ومن ثم يكون
حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة . فحق الملكية على المال الشائع هو
الذي ينقسم حصصيا (quote-parts) ، دون أن ينقسم المال ذاته^(٢) .
ولما كان ملك المال الشائع (copropriétaires-indivisaires-communiaux)

= التفتين المدني السوري م ٧٨٠ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٨٣٤ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ١/١٠٦١ : إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع ،
وتحسب الحصص متساوية إذا لم يتم الدليل على غير ذلك .

(والتفتين العراقي يوافق التفتين المصري ، إلا أنه حذف عبارة « غير مفرزة حصة كل منهم
فيه » ، وكان الأول إيقاعها) .

قانون الموجبات والمقود اللبناني م ٨٢٤ : عندما يكون شيء أو حق ملكا شائعا ومشتركا
بين عدة أشخاص ، ينشأ عن ذلك كيان قانوني يسمى شركة ملك أو شبه شركة ، وهي تكون اختيارية
أو اضطرارية .

م ٨٢٥ : إذا قام لأشك ، حدث أنصبة الشركاء متساوية .

(والتفتين اللبناني يتفق مع التفتين المصري - انظر في الملكية الشائعة بوجه عام في القانون
للبناي حسن كبيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات على الآلة
للكاتب سنة ١٩٦٥ ص ١٧٢ - ص ٢٣٥) .

(١) وكما يكون للشيوع في حق الملكية ، يبرز كذلك أن يكون في الحقوق العينية الأخرى
كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق . أما الحقوق الشخصية فالأصل فيها أن تنقسم إذا تعدد
الذاتون ، ومع ذلك قد لا ينقسم الحق الشخص في الضمان ما بين الدائنين وفي عدم قابلية الحق
للتقسيم ، وقد سبق شرح كل ذلك في نظرية الالتزام .

(٢) پلاتيول وديريه وبيكار ٣ فقرة ٢٨٦ - ٢٨٠ - وقد صيغت الملكية الشائعة على
غرار الملكية الشائعة في القانون الروماني ، وهذه بدورها اتخذت الملكية الفردية أساسا لما
فالملكية الشائعة ، في ثوبها الروماني ، لا تعدو أن تكون وصفا (modalité) من أوصاف
الملكية الفردية ، فيكون للشريك في الشيوع حق ملكية كاملة شاملة على حصة معنوية (quote-
part abstraite) من الشيء المملوك في الشيوع ، ويحفظ بمجرته أن يتصرف في حقه
الحصة (كولان وكايتان وحى لاموراندوير ١ فقرة ١٠٣٣ ص ٨٣٢) . وتتمتع ملكية الشريك
مع ملكيات شركائه الآخرين في كل ذرة من ذوات الشيء المملوك في الشيوع (پلاتيول وديريه
وبولانييه ١ فقرة ٢٧٤٤) .

متعدددين ، فلا بد من تعيين حصة كل منهم في هذا المال ، النصف أو الربع أو الخمس أو غير ذلك . ويتميز حصص الملاك في الشيوع عادة عند بدء الشروع تبعاً لمصدره ، فإن كان ميراثاً عين القانون حصة كل وارث ، وإن كان وصية عين الموصى حصة كل موصى له ، وإن كان عقداً تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك . وقد لا تتعين الحصص ، كأن يشتري عدة أشخاص مالا على الشيوع دون أن يبينوا حصة كل منهم فيما اشتروه ، فعند ذلك تكون الحصص متساوية ، مادام لم يتم دليل على غير ذلك^(١) .

بقي أن نحدد الطبيعة القانونية للملكية الشائعة . ونجس في هذا الصدد أن تبين أن الملكية إما أن تكون ملكية فردية (*propriété individuelle*) ، أو ملكية جماعية (*propriété collective*) . فالملكية الفردية هي التي يكون المالك فيها فرداً ، ولو كان هذا الفرد شخصاً اعتبارياً أي مجموعاً من الناس متمتعاً بالشخصية الاعتبارية . والملكية الجماعية ، وبوجه خاص ملكية اليد المشتركة (*propriété en main commune, Gesamte Hand*) . وهي الملكية الجبرمائية ، فقد قدسنا^(٢) أن المالك فيها يكون جماعة من الناس دون أن تتمتع هذه الجماعة بالشخصية المعنوية . فهل الملكية الشائعة هي حق ملكية ، وإن كانت فهل هي حق ملكية فردية أو حق ملكية جماعية ؟

لا شك في أن الملكية الشائعة هي حق ملكية ، فهي تشتمل على جميع عناصر الملكية ، ولهاك في الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . ونصوص التقنين المدني صريحة في هذا المعنى . فن جهة رأينا أن المادة ٨٢٥ مدني ، وهي في صدد التعريف بالملكية الشائعة ، تقول : « إذا حلك اثنان أو أكثر شيئاً .. » ، فهي تصف صراحة أصحاب الملكية الشائعة بأنهم يملكون الشيء الشائع ، أي أن حقهم فيه هو حق ملكية . ومن جهة أخرى سنرى أن المادة ١/٨٢٦ مدني تجمع بين يدي المالك في الشيوع جميع عناصر

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع المتهدى في هذا الصدد : « نحدد حصص الشركاء عند بدء الشيوع ، فإذا لم يكن هناك تحديد ، أو كان هناك شك في التمهيد ، حسب الحصص متساوية » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٧٩) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٤٨٤ في الحاشي .

الملكية من استعمال واستغلال وتصرف فتقول : « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء »^(١).

بني أن تعرف هل الملكية الشائعة هي حق ملكية فردية أو حق ملكية جماعية ؟ تجيب المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على هذا السؤال بما يأتي :
« عرفت المادة .. الملكية الشائعة ، ويتبين من التعريف أن هذه الملكية وسط بين الملكية المفردة والملكية المشتركة (الجماعية) . فالحصة التي يملكها الشريك

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الملكية في الشيوع ليست بحق ملكية ، بل هي حق منفعة من نوع خاص (sui generis) انظر في هذا المعنى Slesso في الشيوع للوراث في القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - Iomaseo في المال رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ - مارك وريتر فقرة ٥٩ .

ووجه الاعتراض الرئيسى على أن الملكية في الشيوع هي حق ملكية يتلخص في أن حق الشريك في الشيوع مقيد بحقوق الشركاء الآخرين ، وأن من طبيعة الملكية الاستتار ، وهنا لا يتأثر الشريك في الشيوع بالشيء بل يشاركه فيه آخرون . ويمكن دفع هذا الاعتراض بأن الاستتار هنا أيضاً واقع ، ولأنه يتأثر بالشيء الشائع هو كل شريك ، ولكن لا في وجه الشركاء الآخرين ، بل في وجه الغير ، أى في وجه كل شخص ليس شريكا في الشيء الشائع (انظر إسحاق غانم فقرة ٨٦ ص ١٩٨) . وليس حق الشريك في الشيوع إلا حق ملكية مقيدا بحقوق الشركاء الآخريين (فلانول وديبير وبه لافيه ١ فقرة ٢٧٤٨) .

وقد انعقد الإجماع في الفقه المصرى على أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٥٩ - شفيق شحاتة فقرة ١٣٣ وفقرة ١٣٥ - محمد على مرفعة فقرة ٢٨٦ ص ٣٧٨ - ص ٣٧٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٧ وفقرة ١١٠ - إسحاق غانم فقرة ٨٦ - حسن كبيرة فقرة ١٠٤ - ص ٣٤١ - ص ٣٤٢ - عبد التيم فرج الحصة فقرة ١٢٤ ص ١٨٦ - ص ١٨٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٢٩ - ص ١٣١ ولكن قارن مقالا له في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٠٤ - ص ١٠٥ حيث يلجأ إلى اعتبار حق الشريك في الشيوع حق ملكية من نوع خاص هو « ملكية شائعة » .

ويترتب على أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية ، أنه إذا خصص هذا الشريك منقولا ملكا له لمدة المقار الشائع ، فإن هذا المنقول يصبح عقارا بالتخصيص ، إذ أن الشريك في المقار الشائع هو مالك لهذا المقار ، فذ أمر بذلك شرط اتحاد المالك (انظر في هذا المعنى إسحاق غانم فقرة ٨٦ ص ٢٠١ هاشم ١ ، وقد ناقش في هذا الصدد جكيح بحكمة التفويض الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام التفويض رقم ٨٤ و٦٣٩ - وانظر في أن المنقول يصبح في هذه الحالة عقارا بالتخصيص تحت شرط تارض ألفا فقرة ١٤) .

في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفردة . والشيء المملوك في الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعة) (١) .

وإذا كان صحيحاً أن الملكية الشائعة هي وسط بين الملكية المفردة والملكية الجماعية ، فإنه يبقى أن نعرف هل طبيعة الملكية الشائعة هي من طبيعة الملكية المفردة أو من طبيعة الملكية الجماعية؟ يجب بادئ ذي بدء أن نبرز الفرق واضحاً بين طبيعة الملكية الشائعة وطبيعة الملكية الجماعية . فالملكية الجماعية (propriété collective) هي ملكية مشتركة لا ملكية فردية ، لأن المالك فيها هو كما قدمنا جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصّة فيه ، بل الكل يملكون مجتمعين — دون أن تكون لهم شخصية معنوية — كل الشيء المملوك . أما الملكية الشائعة فهي ملكية فردية لا ملكية مشتركة ، لأن كل شريك في الشيوع يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع ، وينصب حقه مباشرة على هذه الحصّة (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٨ — ص ٧٩ .

(٢) وإذا كانت الملكية الشائعة تنصب على كل المال الشائع ، فإن حق كل مالك في الشيوع ينصب على حصته الشائعة . فالحصّة الشائعة ، لا كل المال الشائع ، هي محل حق الشريك في الشيوع . وقد أبرزت محكمة النقض مالصة الشائعة من كيان ذاتي يجعلها تتميز عن مجموع المال الشائع ، فقالت : « إنه وإن كانت الملكية الشائعة تسر بقدرها إلى كل أجزاء المال الشائع ، فإن ذلك لا يجوز ما لكل حصّة فيه من كيان ذاتي ، فتكون في كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها إلى حصول القسمة ، وحينئذ تصير متميزة بالفعل . ذلك أن الحصّة الشائعة ، وإن لم تكن في العيان متميزة حالاً ، فإنها متميزة بالقسمة مآلاً ، وبموجب ما القسمة من أثر رجعي كاشف تكون في نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر . فإذا قضى حكم يرفض دعوى تثبيت ملكية أرض اشترها المدعى ، مؤسداً ذلك على بطلان عقد البيع الصادر إليه نتيجة سبق الحكم ببطلان عقد تملك البائع الأصل ، في حين أن هذا البائع كان قد تملك بعد البيع الصادر منه حصّة شائعة في حصة الأطنان يمكن أن تخرج منها الحصّة المبيعة ، فلا تخالف في ذلك لقانون . إذ أن ما باعه البائع الأصل وآل أخيراً إلى المدعى ، وإن كان قدراً شائعاً في حصة الأطنان ، فإنه قدر معين بذاته متميز عن غيره بكونه هو ما اشتراه هذا البائع من أحد الورثة ، وقضى بإبطال البيع الصادر له في خصوصه . فهو لذلك يختلف عن القدر الشائع الذي يملكه البائع المذكور فيما بعد بالشراء من مالك آخر مشتاق » (نقض مدل ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ حوطة المكتب لثقي في حصة وعشرين حاماً جزء ٢ ص ٩٩١) . انظر لإسحاق غانم **قصة ١٣١** ص ٣٠٢ هامش ٢ ، وهو ينتقد الحكم لإعماله الأثر الرجعي في غير موضعه .

فالملكية الشائعة لا تشترك إذن في طبيعتها مع الملكية الجماعية ، بل هي تشترك في الطبيعة مع الملكية المفروزة ، إذ أن كلامنا الملكية الشائعة (propriété indivise) والملكية المفروزة (propriété divisée) هي ملكية فردية (propriété individuelle) .

وبخلاصة ما قلناه أن الملكية إما أن تكون ملكية فردية أو ملكية جماعية ، والملكية الفردية إما أن تكون ملكية مفروزة أو ملكية شائعة . ومن ثم تكون الملكية الشائعة هي حق ملكية حقيقية ، وهي أحد نوعي الملكية الفردية .

٤٨٦ - مصادر الشبوع وأعلام وأسباب انقضاء - نص قانوني

تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدني على ما يأتي :

« كل شريك في الشبوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » (١) .

و نحن نذهب إلى أن هذا ما ذهب إليه الحكم ، إذ يجب في نظرنا التمييز ، لا فصح بين حصة شائعة وحصة شائعة أخرى ، بل أيضاً بين حصة شائعة والجزء المفروز الذي آلت إليه هذه الحصة الشائعة بالقسمة ، فيحل الجزء المفروز حله لا حينها محل الحصة الشائعة في التصرفات التي وقعت من قبل حل الحصة الشائعة (انظر ما يلي فقرة ١٣٣ و فقرة ١٤٤ في الهامش ، وانظر م ١٠٣٩ / ٢ مدني) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١١٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٨٩٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٨٩٥ ، فجلس الشبوع تحت رقم ١/٨٢٦ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٨٠ - ص ٨٣) . ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ١/٧٨١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبي م ١/٨٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/١٠٦١ و ٢/ ٣ : ٢ - وكل شريك في الشبوع يملك حصته للشائعة ملكاً تاماً ، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه ولا يتصرف فيها بالبيع والارهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بتبرع إذهب . ٣ - ويجوز للشريك في الشبوع أن يؤثر حصته الشائعة لشريكه أو لتبرع شريكه . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين للفرى) .

وبتين من النص صالف الذكر أن الملكية الشائعة هي حق ملك تام ، فهي ملكية فردية كما قدمنا ، شأنها في ذلك شأن الملكية المفردة .
ومصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية ، التي صفيحتها تفصيلا في الجزء التاسع من الوسيط . وأهم هذه الأسباب ، بالنسبة إلى الملكية الشائعة ، هو الميراث ، فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث وتركه وريثة متعددين ، فتنقل إليهم أمواله شائعة . وقد يكون مصدر الشيوع الوصية ، كما إذا أوصى شخص لاثنتين بمال على الشيوع . وقد يكون مصدر الشيوع العقد ، كما إذا اشترى شخصان مالا على الشيوع ، أو كما إذا باع مالك الدار نصف داره في الشيوع^(١) . وقد يكون مصدر الشيوع أى سبب آخر من جن أسباب كسب الملكية ، كالاستيلاء والاتصاف والشفعة والتقدم^(٢) .

— قانون الملكية العقارية البناني ٢٣٢ : يتصرف كل شريك بملكه الحصة بحقوقه في العقار ، وله أن يتفرغ عنه لشخص آخر أو أن يجري عليه تأميناً ، بدون إذن من شركائه بالشيوع . ولكن لا يجوز له أن يرهن حصته . هذا وقد نسخ هذا النص بالمادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود البناني ، ويجري على الوجه الآتي : لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك وفي منتجاته ، ويجوز له أن يبيع تلك الحصة أو يتفرغ عنها أو يرهنها ، وأن ينيب غيره عنه في اجتماع بها ، وأن يتصرف فيها على أى وجه آخر ، سواء أكان يبدل أم لا يبدل ، إلا إذا كان لا يملك سوى حق شخص بشخصه . (وأحكام القانون البناني تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وإذا كان الممتد شركة تتمتع بالشخصية المنوية ، فادست هذه الشخصية المنوية قائمة فالأمر غير شائع وهو مملوك ملكية مفردة لشركة . فإذا انحلت الشركة وصفت ، أصبحت أموالها ملوكة على الشيوع للشركاء .

ونرى من ذلك أنه يجب تمييز الشيوع عن الشخصية المنوية ، فإذا كان المال شاملاً بين اثنين فكل منهما يملك حصته شائعة في المال ، أما إذا كان المال مملوكاً لشخص معنوي كشركة فالأمر كله مملوك لهذا الشخص المعنوي ، وليس لأحد من الشركاء في الشركة حق فيهِ . كذلك يجب تمييز الشيوع عن تقابل حقين مختلفين في الشيء الواحد ، فقد تكون رغبة الشيء لشخص وحق الانتفاع بها لشخص آخر ، فلا يعتبر مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع في شيوع فيما بينهما ، لأن لكل منهما حقاً يختلف عن الحق الذي للأخر .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع النهائي في هذا الصدد : « ومصدر الشيوع قد يكون الممتد ، كما إذا اشترى شخصان مالا على الشيوع . وقد يكون الوصية ، كما إذا أوصى شخص لاثنتين بمال على الشيوع . وقد يكون أى سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، وأكثر الأسباب انتشاراً هو الميراث فإن الورثة تنوزع حصصهم شائعة في التركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٩) .

أما أحكام الشبوع ، فنها ما يشترك فيه مع الملكية المفردة ، وهذه قد سبق بيانها . وأهم هذه الأحكام المشتركة هو ما تقرر للمالك على ملكه من حق استعمال وحق استغلال وحق تصرف ، فالمالك على الشروع ، كما يقول النص . صالف الذكر ، « ملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « الملكية فى الشبوع كالملكية المفردة تشتمل على عناصر ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف . إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين ، فالمالك فى الشبوع له أن يستعمل حصه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء . أما حق المالك المشتاع فى التصرف فكحق المالك ملكية مفردة ، على أن يقع تصرفه على حصته الشائعة ، فيستطيع أن يبيع هذه الحصه وأن يهبها ،

وقها يطلق يكسب الملكية الشائعة بالتقادم ، قضت محكمة النقض بأن الحصه الشائعة فى عقار كالنصيب المدة فيه ، من حيث إن كليهما يصبح أن يكون محلا لأن يجوز حائز على وجه التخصيص والافتراء ، ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصب المفرد تكون يده بريئة من الخالقة ، أما حائز الحصه الشائعة فيده يحكم الشبوع تخالف يده من المشتادين . والخالقة ليست عيبا فى ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإيهام . فلذا اتفق المشتاعون ، ووقف كل منهم فى ممارسته لحيازته عند حد حصته مرابها حصه غيره ، كما إذا اغتصب اثنان لأكثر عقارا وحازوه شائعا بينهم ، جاعلين لكل منهم حصته فيه ، جاز أن يملكوه بالتقادم ، سواء اشتركوا فى حيازته المادية أو نائب فى هذه الحيازة بعضهم عن بعض (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ موعة عمر ٥ رقم ٩٨ ص ١٩٣) - وانظر فى إمكان استئثار أحد الشركاء فى الشبوع بمحاذاة المال كله فى مواجهة باقى الشركاء ، وتملكه إياه بالتقادم إذا لم يشب الغموض حيازة الشريك : استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ - وقد قضت محكمة النقض بهذا المعنى بأنه ليس فى القانون ما يحرم على وارث أن يملك بالتقادم نصيب الوارثين معه ، فهووف ذلك كالى شخص أجنبى من التركة يملك حتى استوفى وضع يده بالشرائط الواردة فى القانون (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٩٧ ص ٤٤٥) . على أن حكما لمحكمة استئناف مصر ذهب إلى أن وضع يد المارث على عين مشتركة بينه وبين بقية الورثة يحصل له بصفته شريكا فى العين على الشبوع لا تملكها ، بما أن المالك فى الشبوع يملك فى كل جزئية من جزئيات العين المشتركة ، أو موعلا الأقل وضع يد غامض ومن أركان وضع اليد لملك أن يكون غير غامض . فوضع يد الوارث أو أى شريك على الشبوع ، مهما بلغت مدته ، غير مكسب للملكية (استئناف مصر ١٦ يوفيه سنة ١٩٢٧ المموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٧ ص ٤٠) . وانظر فى هذه المسألة مصدر على عرفة بقرة ٢٩١ - إسحاق غانم بقرة ٦٦ .

وإن يرهنها وهنا رسمياً أو رهن حيازة^(١). ومن ذلك نرى أن المال الشائع، كطال المرفز، يباشر عليه المالك في الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف^(٢). ولكنه يختلف عن المال المرفز في أن حق المالك في الشيوع مقيد بحقوق سائر الشركاء. وهذا هو ما يجعل المال الشائع أحكاماً خاصة به، في إدارته لاستعماله واستغلاله، وفي التصرف فيه.

بقيت أسباب انقضاء الشروع. والشروع يكون عادة حالة مؤقتة مصرها إلى الانقضاء والزوال، وإن كانت تدوم في بعض الأحوال مدة طويلة كما يقع ذلك كثيراً في مصر. وينقضي الشيوع بأسباب مختلفة. نذكر منها العقد المنهي للملكية، فقد يبيع أحد المالكين في الشروع حصته الشائعة للمالك الآخر، أو يبيع المالكان معاً المال الشائع لمشتري واحد، فينقضي الشيوع، وتصبح الملكية مفرزة في يد المالك الآخر في الحالة الأولى، وفي يد المشتري للمالك الآخر في الحالة الثانية. وقد يكون الميراث سبباً لانقضاء الشيوع، بأن يرث أحد المالكين في الشيوع المالك الآخر. والوصية كالميراث قد ينقضي بها الشيوع، بأن يوصي أحد المالكين في الشيوع للمالك الآخر بحصته الشائعة^(٣). ولكن هذه الأسباب

(١) مجلة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨١.

(٢) والمادة ٨٢٦ مدني تقول، كما رأينا، إن الشريك في الشيوع إنما يستعمل ويستغل ويصرف في حصته الشائعة. وقد أخذ على صياغة النص « أن الاستعمال والاستغلال يردان على الشيء الشائع ذاته، لا على الحصة الشائعة فيه » (إسمايل غانم، فقرة ٦٩ ص ١٤٥ حاشي ١). وإذا كان الاستعمال لا يرد على الحصة الشائعة إلا مجوزاً ويكون معناه الانقضاء، فإن الاستغلال يرد على الحصة الشائعة كما يرد على الشيء الشائع. وإنما أريد، في نص المادة ٨٢٦ مدني، أن يبرز ما للشريك في الشيوع من حق ملكية تامة على حصته الشائعة، بما تشتمل عليه هذه الملكية من عناصرها الثلاث، التصرف والاستغلال والاستعمال.

(٣) وقد ينقضي الشيوع بالتقادم المكسب، بأن يجوز أحد الشريكين المال الشائع كله على أنه ملك وحده فيكسبه بالتقادم. وهنا يجب التمييز من عيب التفرس، فإن الشريك إذا حاز المال الشائع قد يكون نائياً عن شريكه الآخر، ولذلك يجب أن تظهر نية الاستئثار بالشيء عند الشريك واضح اليد (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٩٧ ص ٤٤٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ الحاماة ٢٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ - استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ - ٦ يناير سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩ رقم ١٠٧ ص ٢٣٧ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢٠ رقم ٣٠٠ ص ٧٧٥ - شين للكوم للكلية ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥١ الحاماة ٣٢ رقم ١٦٧ ص ٧٠١ - عكس ذلك استئناف مصر ١٦ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٧ ص ٤٠ - وأنظر ألفا نفس الفقرة في الحاشي).

كلها، أسباب عارضة ، ولا يقصد منها في الأصل إنهاء الشيوخ ، وإن انقضى الشيوخ بها فعلا . أما السبب الرئيسي لانقضاء الشيوخ : السبب الذي يقصده أصولا ومباشرة إنهاء هذه الحالة : فهو القسمة^(١) . لذلك تقف من أسباب انقضاء الشيوخ عند القسمة دون غيرها .

ومن ثم يخلص لنا ، كأحكام تختص بها الملكية الشائعة ، الموضوعات الآتية : (١) إدارة المال الشائع . (٢) التصرف في المال الشائع . (٣) قسمة المال الشائع .

الفرع الأول

إدارة المال الشائع

٤٨٧ — **إدارة المعتادة وإدارة غير المعتادة** : رأينا^(٢) أن التقنين المدني وقف بوجه خاص عند إدارة المال الشائع ، حتى يزيل ما يصيب أغلبية الشركاء من العنت بسبب تحكم الأقلية . وقد ميز التقنين المدني ، في هذا الصدد ، بين أعمال الإدارة المعتادة والأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة .

المبحث الثاني

الإدارة المعتادة

٤٨٨ — **منظ المال الشائع — نص قانوني** : تنص المادة ٨٣٠ مدني على ما يأتي :

« لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ

(١) وتنص المادة ٨٣٩ من قانون الموجبات والعقود البناني على ما يأتي : « إن شركة الملك أو شبه الشركة تنتهي : أولا - بهلاك جميع الملك المشترك . ثانيا - بتفرغ الشركاء عن حصصهم لأحدهم أو بتركها له . ثالثا - بالقسمة » .

(٢) انظر أيضا فقرة ٤٨٤ .

أنشئ ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء (١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما حفظ المال الشائع فهو من حق كل شريك ، وله أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لذلك ، كالترميم والصيانة ورفع دعاوى الحيازة . والشريك في هذا فضولى يتصرف في حدود قواعد الفضالة إذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله (٢) . فأعمال الحفظ التى يصح أن يقوم بها كل شريك في الشيوع منفرداً دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء قد تكون أعمالاً مادية . مثل ذلك صيانة المال الشائع ، وترميمه إذا احتاج إلى ترميم ، وتحويله بسياج أو بسور إذا كان حفظه يقتضى ذلك ، وتسجيل سند ملكيته إذا كان هذا السند في حاجة إلى التسجيل ، وجنى الثمار قبل أن تتلف . وقد تكون تصرفات قانونية أو اتخاذ إجراءات أو رفع دعاوى ، مثل ذلك قطع التقادم إذا كان المال الشائع في

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدف الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠١ في المشروع النهائي . ووافق عليه لس الثواب تحت رقم ٨٩٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٠ (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٠ - ص ٩١) .
ولا مقابل النص في التفتين المدف السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (انظر استئناف مخطوط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩١) .

ويقابل النص في التفتينات المدفنية للمعية الأخرى :

التفتين المدف السورى م ٧٨٥ (مطابق) .

التفتين المدف اليابسى م ٨٣٩ (مطابق) .

التفتين المدف المرافق م ١٠٦٦ (مطابق) .

م ١٠٦٨ : ١ - إذا احتاج الملك الشائع إلى ممة أو عمارة ، يعمره أصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم . ٢ - وإذا كان بعض الشركاء غائباً ، أو أبى بمضيم الترميم أو التعمير ورغب بمضيم فيه ، جاز للراغب أن يقوم بالتعمير أو الترميم بإذن من المحكمة ، ويرجع على شركائه بقدر حصصهم . م ١٠٦٩ : إذا انتهت المين الثامنة كلياً وأراد بعض الشركاء عمارتها وأبى الآخرون ، فلا يجبر الآبى على العبادة .

قانون الموجبات والمقود البنائف م ٨٣١ : يجب على كل شريك أن يسير على ميانة الشيء المشترك ، كما يسير على أشياءه الخاصة .

(والتفتين البنائف أورد في صورة التزام ما أوردته التفتين المصرى في صورة حق) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥ .

حيازة أجنبي بنية تملكه بالتقادم المكسب ، ورفع دعاوى الحيازة إذا كان هناك وجه لذلك ، ورفع دعوى الاستحقاق إذا كان المال الشائع في يد مقتضب أو في يد أى حائز آخر ، ودعوى تعيين الجلود إذا قامت الحاجة إلى تعيين جلود المال الشائع ، ودفع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة حتى لا يتعرض المال الشائع للحجز عليه ، وتسديد أقساط الديون المضمونة برهن أو باختصاص أو بامتياز . ودفع فوائد هذه الديون حتى لا يكون مال الشائع عرضة للتنفيذ عليه تنفيذاً جبرياً .

والشريك في الشيوع ، في قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم ، يعتبر أصيلاً عن نفسه . ثم هو وكيل عن سائر الشركاء ، إذا لم يتعرض أحد منهم على عمله ، ف يرجع عليهم بدعوى الوكالة . فإذا تمت أعمال الحفظ دون علم من سائر الشركاء اعتبر فضولياً بالنسبة إليهم ، لأن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر (م ١٨٩٠ مدني) ، ف يرجع للشريك بدعوى الفضالة (١) . أما إذا اعترض باقي الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم ، فإنه يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب . وهناك رأى يقول بأن الشريك يعتبر في جميع هذه الأحوال نائباً عن شركائه نيابة قانونية في القيام بأعمال الحفظ ، فيرجع عليهم دائماً بدعوى النيابة (٢) ،

(١) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٦٥٤ - محمد علي حرفة فقرة ٢٩٧

(٢) شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ١٦٨ و هاشم ٢ - عبد المنعم البدرار فقرة ١٢١ ص ١٥١ هاشم ١ - حسن كيرة فقرة ١٠٨ ص ٣٥٧ هاشم ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٩ - وقرب منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ١٤٥ هاشم ٢ .

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يضيّق بما إذا كانت أعمال الحفظ أعمالاً مادية ، فإن النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية (انظر إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هاشم ١) - وهناك رأى يذهب إلى تأسيس المادة ٨٣٠ مدني على مجرد أن للشريك حقاً في دخل الشيء كله يمنة له القيام بكل الأعمال التي لا تمس حقوق الشركاء الآخرين (إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هاشم ١ - وانظر في الرد على هذا الرأي منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ١٤٥ هاشم ٢) .

وقد جرى القضاء الفرنسي على الأراضي وكالة نسبية لأن الأعمال التي يقوم بها الشريك تتمحور لمصلحة جميع الشركاء ، أو على تطبيق قواعد الفضالة (نقض فرنسي ١٠ أبريل سنة ١٨٥٤ فالونز ٥٤ - ١٨٣ - باريس أول فبراير سنة ١٩١٠ تحت حكم محكمة النقض في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ١ - ٣٧٧ - وانظر بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٤) .

٤٨٩ - نفقات المظف وإدارة وسائر التكاليف - نص قانوني :

تنص المادة ٨٣١ ملقى على ما يأتي :

« نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوخ أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء ، كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان ينتهى بالمباراة الآتية : « ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تحمل من حصته في المال الشائع » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٠٢ في المشروع التمهيدى . ثم وافق عليه لس التواب تحت رقم ٩٠٠ . وفى لجنة لس الشيوخ حيز رئيس اللجنة فكرة « يتخلص أو يتحمل بشرط تنظيمها وتعيين الجهة التى يذهب إليها هذا التصيب » فانه أن يعتبر سائبة ، وعشية من أنه إذا لم يملك على الشيوخ من حق التدخل لجأ الشركاء إلى التنفيذ على ملك آخر له نظير النفقات المطلوبة منه . وعورست الفكرة ؛ آخر ذهب إلى أن النفقات الإدارية لا يمكن أن تصل إلى أكثر من قيمة رأس المال حتى تجعل للشريك يتحمل من ملكه . وأت اللجنة بعد المناقشة حلف المبارة الأخيرة من النص ، على أساس أن فكرة « يتخلص من التزام متعلق يمين عن طيق التخلية فكرة عامة التطبيق ، ولكن إجراء حكمها من الناحية العملية يقتضى وضع تفاصيل يحسن تجنبها . ووافق لس الشيوخ على النص كما هذه لجنته تحت رقم ٨٣١ (حوجة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٢ - ص ٩٤)

ولا مقابل النص في التفتين المدنى السابق ، ولكنه مجرد تطبيق للقواعد العامة فكان معنوا به (استئناف وطنى ٤ فبراير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٩ ص ٩٣ - استئناف مخطوط ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٥٠ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩١ - ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١) .

ويقابل النص في التفتينات المدنية له ية الأخرى :

التفتين المدنى السوري م ٧٨٦ (مطابق) .

التفتين المدنى الليبى م ٨٤٠ (مطابق) .

التفتين المدنى العراقى م ١٠٦٧ (مطابق فيما عدا خلو التفتين العراقى من المبارة الأخيرة في

النص المصرى) .

قانون الموجبات والمقود البنائى م ٨٣٢ : يحق لكل شريك أن يجبر بقية الشركاء على تقديم

ما يناسب حصصهم من النفقات الضرورية لصيانة الشيء المشترك وإبقائه سالما للاستعمال الذى أهد له - على أن كلا منهم يستطيع أن يكون في حل من هذا الواجب : أولا - ببيع حصته مع الاحتفاظ بحق الأولوية المختص بالشيوخ للشريك الذى قام بالنفقة أو عرض أن يقوم بها . ثانيا - بأن يترك للشريك المشاء إليه حق انتع بالشيء المشترك مع منتجاته إلى أن يسترد ما دفعه لحساب الشركاء . -

وليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فكل الشركاء في الشبوع ملاك للمال الشائع كما قدمنا ، فتقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعاً كل بقدر حصته فيه . ومن ثم تنقسم على الشركاء ، كل بقدر حصته ، نفقات حفظ المال الشائع ، وهى النفقات التى صرفت فى صيانه وترميمه ، أو تسجيل سنده ، أو تحويله بسور ، أو جنى ثماره قبل التلف ، أو قطع التقادم ، أو تعيين الحدود ، أو مصروفات الدعوى التى رفعت لحفظ المال الشائع ، أو غير ذلك من نفقات الحفظ التى سبق ذكرها . كذلك تنقسم على الشركاء ، كل بقدر حصته ، نفقات إدارة المال الشائع ، والضرائب المفروضة عليه ، وسائر التكاليف الناتجة عن الشبوع كتفقة إصلاح الحائط المشترك أو تجديد (م ٢/٨١٤ مدنى) ، أو المقررة على المال كفوائد الديون وأقساطها (١) . وكل ذلك ما لم يتفق الشركاء على نسبة أخرى ، فنقل مثلاً بالاتفاق حصه الشريك القائم بالإدارة فى النفقات فى نظير قيامه بالإدارة . وكل ذلك أيضاً ما لم يوجد نص يقضى بغيره ، ومن أمثلة ذلك ما قضت به المادة ١/٨١٥ مدنى من تحمل الشريك الذى يقوم بتعليه الحائط المشترك بنفقات التعلية وصيانة الجزء المملى وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته .

والرجوع على الشركاء فى الشبوع ، كل بقدر حصته ، يكون كما قدمنا

١١ ثالثاً - بطلب التمس إذ كانت مستطاعة - أما إذا كانت النفقة قد دفعت ، فيلزم الشركاء بها على كل نسب حصصهم .

م ٨٢٣ : كل شريك ملزم تجاه الآخرين بتحمل أعباء الشيء المشترك ونفقات الإدارة والاستئثار - وبين نصيب كل شريك من تلك الأعباء والنفقات بحسب حصته فى ذلك الشيء .

م ٨٢٤ : إن النفقات الناتجة والنفقات الكالية التى يقدم بها أحد الشركاء لا تحوله الحق فى مطالبة شركائه بشئ منها ، إلا إذا كانوا قد أجازوا له إنفاقها صراحة أو ضمناً .

والنظر أيضاً المادة ٢٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانية ، وقد نسخت بالمواد السابقة .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن دفع الشريك فى الشبوع الدين لدائن له رهن على المقار الشائع يشبه من جميع الوجوه قيام أحد الشركاء بالنفقات الضرورية لحفظ المال الشائع ، فيجب أن توزع النفقات قانوناً على الشركاء بنسبة حصصهم فى المقار جميعه (استئناف مصر أول مارس . ص ١٩٣٣ الهامات ١٤ رقم ١٧١ ص ٣٣٩) .

بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب^(١) .

ويجوز لأى من الشركاء ، التخليص من دفع حصته في النفقات والتكاليف ، أن يتخلى عن حصته في المال الشائع^(٢) ، وهذه قاصمة عامة مقررة للتخلص من أى التزام عيني وهو الالتزام الذى يكون سببه ملكية العين (obligation réelle) obligation propter rem . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣١ يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالقواعد العامة^(٣) . ويترتب على تخلى الشريك عن حصته (abandon) أن تصبح هذه الحصة ملكاً لباقي الشركاء ، كل بقدر نصيبه في المال الشائع . وفي هذه الحالة يتحمل باقي الشركاء النفقات ، كل بقدر حصته الجديدة أى بعد إضافة حصة الشريك المتخلى إلى حصصهم^(٤) .

٤٩٠ - المبدأ العام في إدارة المال الشائع - نص قانوني : تنص المادة ٨٢٧ مدنى على ما يأتى :

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تعتبر المبالغ التي يقرضها أحد الشركاء لدفع الضرائب المقررة على مال شائع مقترضة لتحقيق مصلحة الشركاء جميعاً ، فيعين الحكم بصحة الحيز الذي يدهمه المقرض على المحصولات المشتركة قبل جنبها (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١) . وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن الشريك يقوم مقام شريكه الآخر بالنسبة إلى مخالفات الائحة الصحية وغير الصحية التي تقع من أحدهما في إدارة العين المشتركة ، بشرط ألا يثبت أن الشريك المحكوم عليه في مثل هذه المخالفات قد تعمد ارتكابها أو أهل عمداً في دفعها إضراراً بشريكه الآخر (الإسكندرية الوطنية مستعجل ٣٠ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٧٤ ص ١٠٩٣) .

(٢) أوربى ورو ٢٢١ ص ٥٨٢ - فلافيول وبيير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ - وقارون منصور مصطلح منصور فقرة ٦١ ص ١٤٧ - ص ١٤٨ .

(٣) انظر آتفا نفس الفقرة ص ٨٠٧ هامش ١ .

(٤) وهي نفس النسبة قبل إضافة حصة الشريك المتخلى . هذا ويجب تسجيل مند التخليه إذا كان المال الشائع عقاراً (شفيق شحاتة فقرة ١٤٨ ص ١٧٠ هامش ٢ - عماد على عرفة فقرة ٢٩٨ ص ٣٩٦ - عبد المنعم الجبرولى فقرة ١٢٢ ص ١٥٢ - إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٠) . ويتخلص المتخلى بتخليه عن حصته من الالتزامات التي نشأت قبل التخلي أو بعده (بنكاز ملحق بوردريه فقرة ٢٠٣ - إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠) ، بشرط أن تكون ناشئة عن الشيوع . فإذا كانت مسئولية المتخلى قد نشأت من خطأ ارتكبه ، كأن ألتف المال الشائع ، فالتخلي لا يفيده من المسئولية (إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٠) .

« تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » (١) .

ويخلص من هذا النص أن إدارة المال الشائع هو - في الأصل ، من حق الشركاء في الشيوع مجتمعين ، لا يتفرد به أحد منهم . ذلك لأن لكل شريك حقاً في المال الشائع مماثل في طبيعته حقوق الشركاء الآخرين ، فإذا استقل أحدهم بإدارة المال الشائع كان في هذا اعتداء على حقوق باقي الشركاء ، فلا بد إذن من إجماعهم ، ليقروا على أى وجه تكون إدارة المال الشائع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدفئ الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٦ ، فجلس للشيوع تحت رقم ٨٢٧ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٨٣ - ص ٨٤) .

ولا مقابل النص في التقنين المدفئ السابق ، ولكن سكه يتفق مع القواعد العامة . ويقابل النص في التقنينات المدفئة للم بية الأخرى :

التقنين المدفئ السوري م ٧٨٢ (مطابق) .

التقنين المدفئ الليبي م ٨٣٦ (مطابق) .

التقنين المدفئ العراقي م ١/١٠٦٤ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٢٦ : كل شريك يمكن أن يستعمل الشيء المشترك هل نسبة ماله من الحق ، بشرط ألا يستعمله على وجه يخالف ماهية ذلك الشيء أو للغاية الممهدة لها ، أو يناقض مصلحة للشركة ، أو على وجه يحول دون استئصال الشركاء الآخرين لحقوقهم .

م ٨٢٧ : لا يجوز لشريك أن يحدث تغييراً في الشيء المشترك بلا رضا شركائه الصريح أو الضمني - فإن لم تراع أحكام الفقرة السابقة تطبيق القواعد الآتية : أولاً : تجوز الفسخة عندما يكون الشيء قابلاً للتجزئة . وإذا كان الجزء الذي حدث فيه التغيير واقعاً في حصة الشريك الذي أحدثه ، فلا سبيل لأي منهم إلى الاعتراض . أما إذا كان التغيير واقعاً في حصة شريك آخر ، فيمكن هذا الشريك أن يختار إما أداء بدل التغيير وإما إجبار شريكه على إرجاع الشيء إلى حالته الأصلية . ثانياً - عندما يكون الشيء غير قابل للتجزئة ، يجوز للشركاء أن يجبروا ذلك التغيير على إعادة الشيء إلى حالته الأصلية وعلى تحمل النفقة ، مع أداء بدل السطو والضرر عند الاقتضاء .

م ٨٢٨ : عندما يكون الشيء بطبيعته غير قابل للتجزئة ، لا يحق للشريك أن يأخذ إلا ما يناسب حصته من منتجاته . ويجب أن يعجز لحساب الشركاء جميعاً ، ولم عارض في ذلك أحدهم .

م ٨٢٩ : يجب على كل شريك أن يقدم لشركائه حساباً عن كل ما استلمه زيادة على حصته في منتجات الشيء المشترك .

ونظر أيضاً المادة ٢١ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

هذا هو الأصل ، ولكن ترد عليه استثناءات هامة : ترجع إلى نمنر الإجماع في أغلب الأحوال . ومن ثم نظم التفتين المبنى الجديد هذه المسألة تنظيمًا مفصلاً ، واجبه به العقوبات العملية التي تحول عادة دون حسن استغلال المال الشائع ، مراعيًا ما عسى أن يتفق عليه الشركاء في شأن إدارة هذا المال . وقد كان التفتين المبنى السابق خطأ من هذا التنظيم ، فجهد القضاء في سد هذا النقص ولكن على وجه غير كامل أمام سكوت التشريع .

والفرض الذي يهدف إليه الشركاء من إدارة المال الشائع هو بطبيعة الحال الانتفاع بالمال واقتسام ثماره فيما بينهم . فهم ملاك لهذا المال ، ولكل مالك حق استعمال الشيء واستغلاله .

فإذا أمكن لكل منهم الاستئثار باستعمال الشيء الشائع ، كان له ذلك . فإذا كان هناك مثلاً ترعة خاصة مملوكة على الشيوع أو مصرف خاص شائع أو بئر شائع ، جاز لأي من الشركاء أن ينفع بالمال الشائع ، فيأخذ من التربة أو البئر الماء الذي يروى به أرضه ، ويرسل الماء الذي يتبقى بعد الري إلى المصرف الخاص . كذلك يجوز لكل من الشركاء أن يصيد السمك في بركة شائعة أو يصيد الطير في أرض شائعة ، مع تنظيم يتفق عليه الشركاء يجعل حق كل منهم في الصيد لا يتعارض مع حقوق الآخرين^(١) .

كذلك يجوز لكل من الشركاء ، كما قلنا^(٢) ، أن يرفع دعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها ، لمواجهة اعتداء من يعتدي على حيازته لخصته الشائعة ، دون حاجة إلى أن يشترك معه في ذلك سائر الشركاء المشتاعين^(٣) ،

(١) إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٣) وإذا وضع شريك يده على جزء مفرز من العقار للشائع ، وتوافرت في الحيازة شروطها ، كان الشريك منجب الاعتداء على حيازته بدعوى الحيازة ، حتى لو كان هذا الاعتداء صادراً من الشركاء الآخرين (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٣٧ الهامة ١٧ رقم ٥٢٣ ص ١٠١٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عم ٤ رقم ٣١ ص ٦٠ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ حوجة عمر ٤ رقم ١٣٢ ص ٣٦١ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ حوجة عمر ٦ رقم ٢٠٨ ص ١٥٢٢) . وانظر محمد علي عفة فقرة ٢٩٤ - عبد المنعم البدارو فقرة ١١٢ - إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هامش ٢ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ١٢٥ ص ١٨٨ .

وله أن يرفع دعوى الامتحاق يسترد بها حصته الشائعة من يد الغير ، ويقصر الدعوى في هذه الحالة على حصته الشائعة فلا يحتاج إلى أن يشترك معه باقي الشركاء (١).

على أن كل ما قدمناه ليس في الصميم من أعمال الإدارة ، بل هي أعمال جانبية قل أن تعرض في العمل ، أما أعمال الإدارة الرئيسية التي تقع كثيراً في العمل ، وتهدف إلى الانتفاع بالمال الشائع واستثماره ، بإيجار الدار أو سكنها وإيجار الأرض الزراعية أو زراعتها ، فهذه تقتضي في الأصل إجماع الشركاء المشتاعين ، فإما عما يقرره القانون من استثناء . فيمكن مثلاً أن يجمع الشركاء على إيجار الدار أو الأرض ، وأن يتفقوا جميعاً على شروط الإيجار وعلى المستأجر . فإن تم ذلك ، جرت إدارة المال الشائع على هذا الوجه بإجماع الشركاء (٢).

(١) نقض فرنسي ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٦٤٩ - بلانول وروبير وبيكار ٣ أفريل ٢٨٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٩ ص ١٠٦ .

(٢) فلذا أجر جميع للشركاء في الشيوع المال الشائع لأجنبي أو لواحد منهم ، نفذت الإجارة في حقهم جميعاً لأية مدة ولو زادت على ثلاث سنوات . وكذلك الحكم لو أجرها واحد أو أكثر أصلاً عن أنفسهم ووكلاءه من الباقين ، أو أجرها وكيل عنهم جميعاً (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٥٩) . وكان القضاء ، في عهد التقنين المدني السابق ، تيسيراً لإدارة المال الشائع ، يقضى بأنه إذا أجر الشريك حصته ، ووضع المستأجر يده على جزء من الأرض المشاعة معادل لها ، فلا يقبل من الشريك الآخر أن يدعى حصول تعرض له في وضع يده من المستأجر ، أو أن يطلب استرداد حيازته منه ، فإن النزاع في هذه الصورة لا يكن إلا هل طريقة الانتفاع ، وهذا يحله دعوى حاسبة أو قسمة (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩٢) . وقضى أيضاً بأنه إذا كان أحد الشركاء على الشيوع ، واضعاً يده على جزء معين تسبيلاً لطريقة الانتفاع ، فهو يملك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ، ويكون انتفاعه بالباقي مستمداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة . وليس من حق أحد الشركاء أن يتزعزع منه الأرض بحجة أنه معادل له في الحقوق على الأرض ، بل لكل ماله - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو أراد العدول عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع . فلذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشرطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع ، فلهذا الشريك ، في سبيل حماية يده الفعلية على المقار من تعرض المشتري من أحد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشتري وشأنه في اتخاذ ما يراه كفيلاً بالمحافظة على حقوقه (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩٢) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه متى كان لعين المشتركة ربيع ، فلا عمل مطلقاً لاستئثار أحد الشركاء بالانتفاع بالربيع دون باقي الشركاء حتى يفصل في دعوى الحساب التي قد تستغرق زمناً طويلاً .

ولكن قل أن يتيسر ذلك في العمل ، لاختلاف مشارب الشركاء ، وتفاوت أغراضهم ، وتتنوع اتجاهاتهم . فما يريدُه واحد منهم قد لا يريدُه الآخرون ، وقد تريد أغليبتهم شيئا وتقف الأقلية حائلا دون ما تريدُه الأغلبية (١) .

لم يبق لمواجهة هذا الوضع الغالب إلا أحد أمرين : (١) إما أن يقسم الشركاء المال الشائع بينهم ، ماداموا في الشروع ، قسمة مهابة زمانية أو مكانية ، فيقسم لكل منهم الانتفاع منفردا بالمال الشائع مدة من الزمن ، أو يجزء مفرز منه كل الزمن . وهذا يقتضي البقاء على الأصل واشتراط الإجماع ، فلا تجوز قسمة المهابة إلا بإجماع الشركاء المشتاعين . (٢) أو أن يدير الشركاء المال الشائع بطرق الإدارة المختلفة كالإيجار ، ولكن لما كان الإجماع متعلداً فإن الأغلبية تكني خروجاً على الأصل . وفي هذه الحالة يكفل القانون للأقلية الضمانات الكافية ، حتى لا تتحكم فيها الأغلبية .

فنتعرض إذن فيما يأتي : (أولاً) قسمة المهابة . (ثانياً) تولى أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع .

٤٩١ — أو — قسمة المهابة — نص من قانونية : تنص المادة ٨٤٦

مدني على ما يأتي :

١ - في قسمة المهابة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين .

— كذلك لا مبرر لإبداء الريع في خزائن الحكومة لما يترتب على ذلك من حرمان الناس من أموالهم ، إلا إذا وجد سبب مشروع يقتضي ذلك . ومن ثم فإن العدالة تقتضي صرف ريع البين للشركاء بمجرد تحصيله ، ولا سبيل لتحقيق المساواة بين الشركاء في الانتفاع بأموالهم في هذه الحالة إلا بتحديد خفقة لكل شريك يقارها القاضي حسب ظروف الدعوى (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٩٨ ص ٤٤٧) .

(١) وقد ذلل التفتين المدعي العراقي بعض هذه الملاحظات بنصه في المادة ١٠٦٣ منه على ما يأتي : « ١ - يجوز للشركاء أن ينضموا بالبين الشائعة جميعاً ٢ - ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته ، فإذا انتفع بالبين كلها في سكن أو مزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا إذن شركائه ، وجب عليه لم أجر المثل ، على أنه إذا أجر البين للشائعة بأكثر من أجر المثل وجب عليه أن يعطى كل شريك حصته من الأجرة المسماة » .

فلذا لم تشترط لها مدة ، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة التجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد .^٥

٢ - وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشبوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع لمدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهابة .

وتنص المادة ٨٤٧ مدني على ما يأتي :

« تكون قسمة المهابة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تناسب مع حصته . »

وتنص المادة ٨٤٨ مدني على ما يأتي :

« تخضع قسمة المهابة ، من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات ، لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة . »

وتنص المادة ٨٤٩ مدني على ما يأتي :

١ - للشركاء أن يتفقوا ، أثناء إجراءات القسمة النهائية ، على أن يقسم المال الشائع مهابة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تم القسمة النهائية .

٢ - فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهابة ، جاز للقاضي الجزئي إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها ، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك .^(٦)

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٤٦ : ورد هذا النص في المواد ١٢١٤ - ١٢١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : م ١٢١٤ - في قسمة المهابة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمدة جزء مفرز في ازمى حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء . م ١٢١٥ - ١ - لا يصح الاتفاق على قسمة المهابة لمدة تزيد على خمس سنين . ٢ - فإذا لم تشترط لها مدة ، حسب مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يعلن الشريك شركائه قبل السنة التجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد . م ١٢١٦ - إذا دامت قسمة المهابة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وفي لجنة المراجعة أدرجت المواد الثلاث في مادتين م ٨٤٦ - ٨٤٧

مع تمديدات لفضيلة قضائية، تحت رقم ٩١٧ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية مجلس النواب أضيفت العبارة الآتية في الفقرة الثانية : « وإذا حاز الشريك على الشيوخ جزءاً مفرزاً من المال أثناء مدة خمس عشرة سنة ، أقرض أن حياته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهاباة » . ووافق مجلس النواب على المادة بهذا التعديل تحت رقم ٩١٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو انتهت المدة المنطق عليها ولم يحصل اتفاق جديد » بعد عبارة « فإذا لم تشترط لها مدة » لا أركة في الفقرة الأولى . وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي : « أضافت اللجنة إلى الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « أو انتهت المدة المنطق عليها ولم يحصل اتفاق جديدها » بعد عبارة « فإذا لم تشترط لها مدته » ، لأن النص ويضع حكماً لحالة عدم اشتراط مدة ، ولا تختلف عن ذلك حالة انتهاء المدة المنطق عليها دون اتفاق جديد » . وقيل بالنسبة إلى الفقرة الثانية التي تقضي باعتبار قسمة المهاباة قسمة نهائية إذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة « إن هذا الحكم جاء على خلاف القواعد العامة ، وتنطبق النتائج العملية له بالاتفاق أو هذا النزاع يحكم ، ويتبع في أيهما إجراءات التقاضي . وقد وافقت اللجنة على الفقرة الثانية المذكورة ، على أن يكون مفهوماً أن الجزء الذي يتملك هو المقسوم قسمة مهاباة فقط ، أما الباقي من النصيب على الشيوخ فيبقى في الشيوخ . وانتهى النص بذلك إلى أن أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٨٤٦ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بجلسته (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١٣٥ - ص ١٣٢) .

م ٨٤٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٧ من المشروع النهائي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٧ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١٣٤ - ص ١٣٥) .

م ٨٤٨ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٨ من المشروع النهائي ، وكانت هذه المادة تنظم إلى القريتين ، خصصت الفقرة الثانية مبناً للإثبات ، فجاءت على الوجه الآتي : « ويجوز إثباتها بكل الطرق ، إلا أنه إذا لم تكن ثابتة بالكتابة أو ما يماثلها ، اعتبرت غير محددة المدة » . ووافقت عليها لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٩١٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية مخالفتها للقواعد العامة للإثبات في غير حاجة ، وأضيفت إلى الفقرة الأولى عبارة « وطرق الإثبات » ، وبهذا أصبح الأصل في هذه الطرق غرضها قواعد الخامسة لإثبات الإيجار إلا إذا تناقضت مع طبيعة قسمة المهاباة ، وقد روعي في هذا التعديل التمكن لاصطراح المعاملات . وصار النص ، ورقمه ٨٤٨ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بجلته (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١٣٥ - ص ١٣٧) .

م ٨٤٩ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٩ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٩ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١٣٧ - ص ١٤٠) .

ولا مثالب هذه التصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء كان يجري على كثير من هذه الأحكام (انظر المذاكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١٤٨) . وتقاليد هذه التصوص في التعديلات الفنية للقوانين الأخرى :

وبغض من هذه النصوص أن قسمة المهايأة إما أن تكون مهايأة مكانية ، أو مهايأة زمانية . وسواء كانت مكانية أو زمانية ، فإن أحكام عقد الإيجار كقاعدة عامة تسرى عليها . وهناك مهايأة تسبق القسمة النهائية ، تختص ببعض الأحكام .

٤٩٢ - المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية : كثيراً ما يتفق الشركاء في

الشروع ، تخلصاً من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات ، على قسمة المهايأة لمدة معينة . فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك ، ويختص كل منهم بحصة مفرز من المال يعادل حصته في المال الشائع . وبذلك يتأهل لكل منهم أن يحوز ما لا مفرزاً يستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به ، فله أن يسكن الدار أو أن يوجرها ، وأن يزرع الأرض على ذمته أو أن يوجرها بالنقد أو بطريق المزارعة ، وبوجه عام له أن يستغل ما يختص به مفرزاً من المال الشائع وأن يرفع به بنفسه أو بواسطة غيره . ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لنصيبه ولا على الغلة والثمار التي حصل عليها ، في

= التقنين المدني المصري م ٨٠٠ - ٨٠٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٥٠ - ٨٥٣ (مطابق) ، فيما عدا المادة ٨٥٠ من التقنين الليبي فهي مطابقة لفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من التقنين المصري ، وقد حذفت الفقرة الثانية في التقنين الليبي) .
التقنين المدني العراقي م ١٠٧٨ - ١٠٧٩ (موافق) ولم ينقل التقنين العراقي الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من التقنين المصري) .

م ١٠٨٠ : إذا لم يتفق الشركاء على المهايأة في المنقول ، ولم يطلب أحدهم إزالة الشيوع ، فلتشريك الذي يطلب المهايأة مراجعة محكمة الصلح لإجرائها . (وهنا يحمل التقنين العراقي ، خلافاً للتقنين المصري ، قسمة المهايأة في المنقول ، دون العقار ، قسمة قضائية يمكن أن يطلبها أحد الشركاء حتى تقوم محكمة الصلح بإجرائها ، دون حاجة إلى اتفاق جميع الشركاء) .

قانون المورجيات والمقود اللبناني : م ٨٣٠ : يجوز أن يتفق الشركاء على أن يتمتع كل منهم على انفراد بالشيء أو بالحق المشترك على طريقة المناوبة - وفي هذه الحالة يمكن كلا منهم أن يتصرف حتى حقه الخامس الذي يتمتع به حماية المدة المصينة لهذا المجتمع ، سواء أكان يبدل أم لا يبدل ، ولا يلزمه حينئذ أن يقدم لشركائه حساباً عما استوفاه - غير أنه لا يستطيع أن يلقى أمراً من شأنه أن يتنقص أو يمنع حقوق بقية الشركاء عندما تلقى قوتهم في المجتمع .
(وللقانون اللبناني يمرض للمهايأة الزمانية دون المهايأة المكانية) .

مقابل أنه هو أيضاً لا يحاسب أحداً من الشركاء على ما يختص به هذا الشريك ، وهذه هي المهياة المكانية . ولا يجوز الاتفاق على هذه المهياة لمدة تزيد على خمس سنوات ، فإن زادت المدة المتفق عليها على ذلك انقضت إلى خمس . ذلك بأن المهياة المكانية ، وإن كانت تفرز المال من حيث المنفعة ، ببقية شائعا من حيث الملكية . فيبقى الشيوخ قائماً مادامت المهياة المكانية ، ولا يجبر شريك على البقاء في الشيوخ في الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنوات كما صرى^(١) . ومن ثم لم يميز الاتفاق على المهياة المكانية لمدة تزيد على خمس سنوات ، حتى لا يجبر للشريك على البقاء في الشيوخ عن طريق المهياة المكانية لمدة أطول من ذلك . فإذا انقضت المدة المتفق عليها ، جاز تجديدها مدة ثانية فثالثة وهكذا ، بشرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات . أما إذا لم يحصل اتفاق على المدة ، أو انقضت المدة المتفق عليها ولم يحصل الاتفاق على تجديدها مدة أخرى مع استبقاء المهياة ، فإن المدة تكون ستة واحدة في الحالتين ، تتجدد ستة ثانية فثالثة وهكذا إلا إذا أعلن أحد الشركاء الآخرين أنه لا يرغب في تجديد المهياة ، ويجب أن يكون هذا الإعلان قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل . ويلاحظ أن قانون الإصلاح الزراعي (م ٣٥) يحتم أن تكون مدة إيجار الأراضي الزراعية لا تقل عن ثلاث سنوات ، ولكن المهياة لا تخضع لهذا الحكم . فيجوز أن تكون مدتها أقل من ثلاث سنوات : وقد تتجدد لسنة واحدة ، وذلك لانعدام حكمة النص إذا طبق على عقد المهياة^(٢) .

والذي يقع في العمل أن المهياة المكاتبة تلوم مدة طويلة ، فتتجدد من حدة إلى أخرى ، وكثيراً ما تلوم خمس عشرة سنة أو أكثر . ومهياة مكانية تلوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في إنهاؤها ، لأكبر دليل على أن هذه المهياة هي خير قسمة للمال الشائع : ارتاح إليها الشركاء واطمأنوا إلى التعامل على أساسها . لذلك استحدثت التقنين المدني الجديد حكماً في هذا الصدد فنصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ مدني كما رأينا على ما يأتي : ١ : وإذا دامت

(١) انظر ما يلي فقرة ٤٣٧ .

(٢) انظر في هذا المدني إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٩ هامش ٣ .

هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة . فوضع النص بذلك قاعدتين هامتين : (القاعدة الأولى) أنه إذا حاز شريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس^(١) أن حيازته لهذا الجزء قامت على أساس قسمة مهايأة سبق لإبرامها بين الشركاء . وهذه القاعدة ذات طابع عملي واضح ، فكثيراً ما يصعب الاهتداء ، بعد أن يضع الشريك يده على جزء مفرز ، إلى ما ثبت سبق حصول قسمة مهايأة . فلدل النص هذه الصعوبة العملية ، وفرض وجود هذه القسمة ، فأعفى الشريك بذلك من هذا الإثبات الشاق . وواضح أن هذه القرينة القانونية لا تتناول إلا الأجزاء المفرزة التي حازها الشركاء ، أما بقية المال الشائع فيبقى على الشيوع^(٢) . (والقاعدة الثانية) أنه متى حاز الشريك جزءاً مفرزاً يعادل حصته في المال الشائع مدة خمس عشرة ، وكان هناك ، أو افترض أن هناك ، قسمة مهايأة سابقة قامت بالحيازة على أساسها ، فإن قسمة المهايأة تنقلب بمجرد تمام خمس العشرة سنة إلى قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء مقلماً على غير ذلك . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في تبرير هذا الحكم ما يأتي : « وتنقلب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية دون أثر رجعي إذا دامت خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقلماً على غير ذلك . وهذا تجديد خطير في المشروع ، ولكنه تجديد له ما يبرره . فإن المهايأة المكانية ، التي تلوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في إنهاؤها ، هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها . وقد وصلوا إليها فعلاً بالتجربة وأطمأنوا إلى نتائجها ، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقلماً على أن

(١) وذلك تطبيقاً لمادة ٤٠٤ مدني التي تنص بأن القرينة القانونية تكون قابلة لإثبات العكس ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك (انظر في هذا المعنى إسحاق غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٧ - ضد المتم فرج للصفحة ١٧١ ص ٢٥٨ - منصور مصطلح منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٨ - وانظر عكس ذلك وأن هذه القرينة القانونية لا تقبل إثبات العكس محمد علي عروة فقرة ٣٢٩ ص ٤٥٦) .

(٢) انظر ما دار في لجنة لمس الشيوع في هذا الممدد ألفا فقرة ٤٩١ ص ٨١٤ حاشي ١ .

قصة المهايأة لا تنقلب إلى قصة نهائية^(١). فإذا تمت خمس عشرة سنة والمهايأة المكانية لا تزال قائمة لم يرغب أحد في إنهاؤها ، ولم يتفق مقلدا على أنها تبقى دائما مهايأة مكانية دون أن تنقلب إلى قصة نهائية ، فإنه ينأى هذه المدة تصبح المهايأة المكانية قصة نهائية بحكم القانون^(٢). ولما كانت هذه القصة النهائية لا بد من تسجيلها ، شأنها في ذلك شأن أية قصة أخرى ولو أنها تم بحكم القانون ، فلا بد من كتابة ورقة مثبته لها . فإن اتفق الشركاء على كتابة هذه الورقة ، سجلت باعتبارها قصة نهائية . ويعتبر تاريخ هذه القصة من وقت انتهاء خمس عشرة سنة ، لا من وقت ابتداء المهايأة المكانية . وهذا هو المعنى المقصود من العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أن المهايأة المكانية تنقلب إلى قصة نهائية ، «دون أثر رجعي» ، فليس مقصودا بطبيعة الحال من هذه العبارة أن تكون القصة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف^(٣) ، فهي ككل قصة لها هذا الأثر . وإذا لم يتفق الشركاء على كتابة الورقة التي تعد للتسجيل ، جاز لأي شريك أن يرفع النزاع إلى المحكمة ، وتقضى المحكمة بثبوت القصة النهائية ، ويكون تاريخ القصة هنا أيضاً هو اليوم التالي لانقضاء خمس

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٢٩ .

(٢) وبدعى أنه ليس من الضروري أن يضع الشريك يده على الجزء المفروض بنية أنه ملكه بموجب قصة نهائية ، بل يكفي أن يضع يده كشريك مناهي مهايأة مكانية ، فلنا هنا في صمد تلك بالتقدم المكسب (محدد على عرفة فقرة ٣٩٩ ص ٤٥٦) .

وإذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية ، وجب في إبرام عقد المهايأة المكانية أن ينوب عنه وليه أو وصيه أو القيم ، فإذا بنى غير كامل الأهلية عند انقضاء خمس عشرة سنة ، فلا تنقلب المهايأة إلى قصة نهائية إلا بعد اتباع الإجراءات الواجب مراعاتها في حالة غير كامل الأهلية (م ٨٣٥ مدني) . انظر في هذا المعنى محمّد كامل مرسى ٢ فقرة ١٤٤ - محمّد على عرفة فقرة ٣٣٩ - وقارن إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ - عبد المنعم فريج لصدّة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ .

هذا ولا تنقض هذه القصة بسبب القتين كما تنقض القصة الحاصلة بطريق التراضي ، لأن الأولى قصة تم بحكم القادة (إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ - عبد المنعم فريج لصدّة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩) .

(٣) عبد المنعم البدواوي فقرة ١١٤ ص ١٤٢ هامش ١ - وقارن محمّد على عرفة فقرة

العشرة سنة ، لا يوم ابتداء المهياة المكانية ، ولا يوم رفع الدعوى أو يوم صدور الحكم^(١).

وقد تكون المهياة مهياة زمانية « بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته »^(٢) . فلو كانت هناك أرض زراعية أو دار أو سيارة شائعة بين شريكين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ، فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كلها يستغلها وحده لمدة سنتين ثم يختص بها الآخر لمدة سنة وهكذا ، أو أن يختص الأول بالسيارة لمدة شهرين والآخر لمدة شهر واحد وهكذا . ولم ينظم القانون مدة المهياة الزمانية كما نظم مدة المهياة المكانية ، ففسرى القواعد العامة . ومن ثم يجوز أن يتفق الشركاء على عدد من دورات التناوب في الانتفاع بالمال الشائع كما يشاءان ، بشرط ألا يؤدي هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنين . وتنتهى المهياة الزمانية بانتهاء مدتها . ويعين الاتفاق هذه المدة وكيف تنقضى .

ولا تنقلب المهياة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طال مدتها ، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائي بالنسبة إليها . لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما يمكن تطبيقه على المهياة المكانية . فالمهياة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفردة ، فهى كالقسمة النهائية إلا في أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك . أما المهياة الزمانية فتبقى المال الشائع على حالته دون إفراز وإنما تقسم زمن الانتفاع به . فهى لا تهيى للقسمة النهائية ، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها .

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ - وقارن إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ وهاشم ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ . وانظر مادار في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ ألفا فقرة ٤٩١ ص ٨١٤ هاشم أ .

(٢) وقد قضت كة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد تبينت من وقائع الدعوى أن الشريكين قد ملكتا المال المشترك قد استغلاهما مدة من الزمن بالطريقة المتفق عليها في عقد الشركة ، ثم عدلا من هذه الطريقة إلى طريقة أخرى . ثم اختلفا بعد ذلك على طريقة الاستغلال ولم يوفقا إلى طريقة ما ، فاضطر أحدهما إلى استغلالها بطريقة المهياة الزمنية ، إذا كانت هذه هى الطريقة التى حيدة الممكنة . فإنه لا يكون هناك حرج في عدم التحويل إلى الطريقة الواردة في العقد بعد ثبت المدول عنها . ويجوز إثبات حصول الانتفاع بطريقة أخرى معينة بجميع وسائل الإثبات ، إذ الأمر أصبح متعلقا بإقامة مادوة (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ حوجة المكتب الفني في لجنة وعشرين عاما جزء أول ص ٦٨٩ - ص ٦٩٠) .

٤٩٣ - - تكييف قسمة المهايأة - تطبيق قواعد الإيجار : وكما يمكن تكييف المهايأة بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية . كذلك يمكن تكييفها بأنها إيجار ، ففي المهايأة المكانية « يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء » (م ١/٨٤٦ مدني) . فهي إذن منفعة في مقابل منفعة ، يتنفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء ، في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى . وفي المهايأة الزمانية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله ، فيحصل الشريك في نوبته على نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع ، في مقابل حصول شركائه ، كل في نوبته ، على نصيبه هو في منفعة هذا المال . فالمهايأة إذن ، بنوعها ، هي مقايضة انتفاع بانتفاع ، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إجباراً إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار ، كما يكون الثمن في البيع ، نقلاً^(١) :

ومن أجل هذا قربت المهايأة من الإيجار . فنصت المادة ٨٤٨ مدني كما رأينا على أن « تخضع قسمة المهايأة . من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والزاماتهم وطرق الإثبات ، لأحكام عند الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » . ولما كان كل شريك من الشركاء في الشيوع ، في التكييف الذي قدمناه ، يعتبر مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقي من الشركاء ، فيجب أن تكون أهلية الشريك في المهايأة بنوعها أهلية كل من المؤجر والمستأجر ، وهي هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف حتى في الاستئجار إذ هو يعتبر في المهايأة من أعمال الإدارة^(٢) . كذلك جواز الاحتجاج بالمهايأة على الغير ،

(١) الوسيط ٦ فقرة ١٢٤ .

(٢) حن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٧ هامش ١ - إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ هامش ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٦ هامش ١ - وانظر في أهلية المؤجر وأهلية المستأجر والولاية في كل منها الوسيط ٦ فقرة ٧٥ - فقرة ٩٦ . ومن ثم لا يجوز الوصي أو القيم أن يقدّم مهايأة نيابة عن ناقص الأهلية لمدة تزيد على ثلاث سنوات إلا بترخيص من المحكمة ، وإذا عقد المهايأة لمدة أطول انقضت المدة إلى ثلاث سنوات (محمد عل عرفة فقرة ٣٤١ ص ٤٥٧ - إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٦) .

كشّر للمال الشائع : تطبق فيه قواعد الإيجار . فلا بد من أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع حتى تسرى في حق المشتري^(١) . وتطبق أيضاً قواعد الإيجار فيما يتعلق بحقوق المهايئين والتزاماتهم ، فكل شريك مهائي تكون له حقوق المستأجر من تسام وتعهّد بالصيانة وضمان للتعرض وضمان للعيوب الخفية ، وعليه التزاماته من دفع الأجرة (وهي هنا منفعة حصته) واستعمال العين بحسب ما أعدت له والحفاظة عليها وردّها عند انتهاء المهايأة . ولكل شريك أن يؤجر من الباطن ، وتطبق في هذه الحالة قواعد الإيجار من الباطن . وتطبق أيضاً قواعد إثبات الإيجار ، وقد أصبحت في التقنين المدني لمجديده هي القواعد العامة ، فتثبت المهايأة بالينة والقرائن فيما لا يجاوز عشرة جنهات ، وإلا وجبت الكتابة أو ما يعادل الكتابة^(٢) .

(١) أما إذا لم تكن المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع ، ولو كان تاريخها ثابتاً قبل التسجيل ، فلا تنفذ في حق المشتري ، ولكن يجوز لهذا الأخير أن يتسكك بعقد المهايأة ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه (م ٦٠٤ مدني) . ولا يجبر المشتري الشريك المهائي على الإخلاء إلا بعد إفتييه عليه بذلك في مواعيد معينة ، ويلتزم الشريك الذي باع حصته الشاملة بأن يدفع تعويضاً للشريك المهائي ، ولا يجبر هذا الأخير على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى هذا التعويض من البائع أو من المشتري أو بعد أن يحصل على تأمين كاف لوفاء بهذا التعويض (م ٦٠٥ مدني) - انظر إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ - حسن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٦ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٦ .

(٢) وإذا وقعت المهايأة على أرض زراعية ، فإن قانون الإصلاح الزراعي (م ٣٦) الذي يقضي بوجوب أن يكون عقد إيجار الأراضي الزراعية ثابتاً بالكتابة لا مجال لتطبيقه هنا . ذلك أن الكتابة مطلوبة في قانون الإصلاح الزراعي للاتفاق لا للإثبات (للمسقط ٦ فقرة ٧٣٣) ، فلا ينطبق هذا الحكم الاستثنائي على المهايأة لأنه لا يتعلق بالإثبات . وعلى فرض أن الكتابة مطلوبة للإثبات لا للاتفاق - كما يذهب كثير من الفقهاء في مصر وكما تقرر أخيراً بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ - فإننا نقيده رأي من يذهب منهم إلى أن هذا الحكم الاستثنائي لا ينطبق على إثبات المهايأة لأنه لا يتعارض مع طبيعتها . ذلك أن هذا الحكم خاص بإيجار الأراضي الزراعية ومقصود به حماية طاقة مستأجر الأراضي الزراعية من استغلال الملاك ، فلا يكون مفهوماً تطبيقه على قسمة المهايأة حيث لا تقوم بين المتقاسمين مثل هذه المظنة من الاستغلال (حسن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٧ هامش ٢) . وانظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٨ هامش ١ (وهو يرى بعد تعديل المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزراعي بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ، أصبحت الكتابة في إيجار الأرض الزراعية لازمة للإثبات لا للاتفاق ، ومن ثم يجب تطبيق حكمها على عقد المهايأة ولا تتعارض طبيعة هذا العقد مع هذا الحكم) - وانظر عكس ذلك أيضاً إسماعيل غانم فقرة ٧١ -

٤٩٤ - **المهاياة التي تسبق القسمة النهائية** : وهناك صورة خاصة من المهاياة تتميز بأنها إجراء يسبق القسمة النهائية . فقد تبدأ إجراءات القسمة النهائية للال الشائع ، وتطول أو يتوقع أن تطول هذه الإجراءات . فيعمد الشركاء إلى الاتفاق فيما بينهم على قسمة المال قسمة مهاياة ، وفي الغالب تكون المهاياة مكانية ، على أن تبقى هذه المهاياة نافذة إلى أن تتم القسمة النهائية . بل يصح ، حتى إذا تعلق اتفاق الشركاء على المهاياة ، أن يطلب أحدهم من القاضى الجزئى الذى تجرى أمامه إجراءات القسمة النهائية ، فىأمر القاضى بها بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين . وقد يستعين القاضى بحجج فى إجراء هذه المهاياة ، ويقلب أن يكون هو نفس الحجير الذى يستعين به فى إجراء القسمة النهائية^(١) . « وفي هذا وضع حد للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية^(٢) . ونرى من ذلك أن المهاياة المكانية التى تسبق القسمة النهائية تختلف عن المهاياة المكانية العادية فى أمرين جوهرين : (١) أن الأولى لا يشترط فيها اتفاق الشركاء جميعا فهى ليست حتماً قسمة اتفاقية ، بل قد تكون قسمة قضائية إذا طلبها شريك أو أكثر دون الباقى ، وعندئذ يتعين على القاضى الجزئى إجراؤها . أما المهاياة العادية ، فقد رأينا أنها تكون دائماً قسمة اتفاقية ، لا بد فيها من اتفاق جميع الشركاء . (٢) أنه ليس للمهاياة التى تسبق القسمة النهائية مدة معينة ، فهى تلوم إلى أن تنتهى القسمة النهائية ، ولذلك قد تبقى خمس سنوات أو أقل أو أكثر . أما المهاياة المكانية العادية ، فقد قلنا أن مدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات ، قد تجدد ، وأنه إذا لم تعين لها مدة كانت المدة سنة واحدة قابلة للتجديد على النحو الذى سبق أن بيناه^(٣) »

ص ١٥٦ (وهو مع ذلك لا يذهب إلى تطبيق المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزامى فى شفا الأخير على عقد المهاياة لتعارض ذلك مع طبيعة المهاياة ، فإذا لم يكن هذا العقد ثابتا بالكتابة لم يتطلب المهاياة إلى مزاولة مدتها ثلاث سنوات ونصيب المالك فيها النصف) .

(١) انظر م ٨٤٩ مدق آففاقرة ٤٩١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى جوعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٩ .

(٣) محصل على ورقة ٣٤٢ - حسن كيرة ققرة ١٠٦ ص ٣٤٤ ماضى ١ .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ينظم صورة خاصة أخرى من المهاياة ، تم هى لهما بأمرين للقاضى ينال على طلب أحد الشركاء ، وذلك فى حالة ما تكون القسمة النهائية صالحة

٤٩٥ - ثانياً - تولى أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع - نص

قانوني: تنص المادة ٨٢٨ مدني على ما يأتي :

« ١ - ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الانصباء . فإن لم تكن ثمة أغلبية : فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تمن عند الحاجة من يدير المال الشائع » .

« ٢ - وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاملاً أم كان خاصاً » .

« ٣ - وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الآخرين ، عد وكيلاً عنهم » (١)

بمصالح الشركاء ، فيرجى القاضي ويستبدلها بقصة مهابة إلى أن يقرر إجراء القسمة النهائية دون ضرر . فكانت المادة ١٢٢٠ من المشروع التمهيد تجري على الوجه الآتي : « إذا كانت القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ ، ولم يكن ميسراً أن يدار المال الشائع إدارة مشتركة ، فللقاضي الجزئ ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن يأمر بقسمة المهابة بعد الاستعانة بخبير أو دون استعانة » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٣٨ في الهامش) . وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ من المشروع التمهيد المشار إليها في النص تجري على الوجه الآتي : « ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوخ حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أي اتفاق على البقاء في الشيوخ ، وذلك متى كانت القسمة المأجلة تضر بمصالح الشركاء ، كما إذا أن تأمر بالقسمة في الحال حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد سبب قوي يبرر ذلك » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٠٠) . وقد حذلت هذه الفقرة الثانية في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٥٢) ، فحذفت تبعاً لها المادة ١٢٢٠ سائلة الذك في نفس اللجنة (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٣٨ في الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٦ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدف الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديل لفظي ، تحت رقم ٨٩٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب بعد تعديل لفظي تحت رقم ٨٩٧ ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدف الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٨ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٨٥ - ص ٨٧) . ولا مقابل لنص في التفتين المدف السابق ، وهو نص جديد مستحدث .

ونخلص من هذا النص أنه في إدارة المال الشائع إدارة معتادة ، لا تخلو الحال من أن تكون في أحد الفروض الثلاثة الآتية :

أولاً - أن يتولى أحد الشركاء الإدارة ولا يعترض عليه الباقون ، فيعد وكيلاً عنهم وكالة عامة بالإدارة .

ثانياً - فإذا لم يتول أحد للشركاء الإدارة ، أو تولاهوا واعترض عليه الباقون ، فالإدارة المعتادة تكون في هذه الحالة في يد أغلبية الشركاء على أساس قيمة الأنصبة . فما يستقر عليه رأى هذه الأغلبية في الإدارة المعتادة يكون ملزماً لجميع الشركاء . من رضى منهم ومن لم يرض . ويجوز لهذه الأغلبية أن تعين مديراً لإدارة المال الشائع إدارة معتادة ، ولها أن تضع نظاماً لهذه الإدارة .

ثالثاً - فإذا تعذر وجود أغلبية من الشركاء ، فلائى منهم أن يطلب من القاضى الأمر باتخاذ ما يلزم من التدابير المستعجلة مما تقتضيه الضرورة ، وللقاضى أن يعين عند الحاجة مديراً للمال الشائع . ونستعرض فيما يلي كلا من هذه الفروض الثلاثة^(١) .

٤٩٦ - تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين :

في هذا الفرض ، وهو غير نادر الحصول ، يعتبر أن هناك وكالة ضمنية صدرت من باقى الشركاء إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع ، فيكون هذا الشريك أصيلاً عن نفسه وكيلاً عن باقى الشركاء في إدارة المال الشائع إدارة

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٢/١٠٦٤ و ٣ (موافق) .

قانون الموجبات والمقود البنى م ٨٣٥ : إن الأقلية من الشركاء مجبرة على قبول القرارات

التي تتخذها الغالبية فيما يخص إدارة الشئ المشترك وكيفية الانقضاء به ، بشرط أن يكون للغالبية ثلاثة أرباع المصالح التي يتكون منها موضوع الشركة - وإذا لم يكن للغالبية ثلاثة أرباعها ، ففالشركاء أن يلجأوا إلى القاضى فيقرر ما يراه أكثر انطباقاً على مصلحة الشركة العامة . ويمكنه أن يعين لها مديراً عند الانقضاء ، أو يأمر بفسخها .

(وقد نصح هذا النص المادة ٢١ من قانون الملكية العقارية البنى) .

(١) انظر في إيجاز المال في الشروع في هذه الفروض الثلاثة الربيط ٦ فقرة ٥٢ .

معتادة . وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التي تصدر منه في حق الشركاء ، فيكون إيجاره مثلا للمال الشائع نافذاً في حقهم^(١) وكذلك قبضه للأجرة . وقيامه بأعمال الصيانة ، ودفعه الضرائب ، وغير ذلك من أعمال الحفظ التي تقدم ذكرها^(٢) . وله أن يزرع الأرض الزراعية ، وأن يتفق على الزراعة ماتقتضيه من مصروفات ، وأن يستأجر عمال الزراعة للحراثة والتسميد واليذر والحصد ، وأن يشتري ما يلزم من سهاد وبلور ، وأن يستأجر المواشي والآلات الزراعية اللازمة ، وأن يحفظ المحصولات بعد جمعها . ثم يبيعها في الأسواق بأثمانها الجارية . وله كذلك . بدلا من زراعة الأرض على الئمة ، أن يؤجرها ، أو أن يعطيها مزارعة . كل هذه أعمال تدخل في حدود الإدارة المعتادة ، وتكون نافذة في حق سائر الشركاء^(٣) .

ويجوز ، بعد أن يتولى الشريك الإدارة دون اعتراض من الباقين ، أن يعترض على إدارته بعض الشركاء ، فيكون ذلك بمثابة عزل له عن الوكالة الضمنية . فإذا كان الباقي من الشركاء ممن لم يعترضوا على إدارته هم الأغلبية بحسب حصصهم في المال الشائع ، ويدخل في ذلك حصته هو ، يبقى الشريك متوليا للإدارة ، ولكن باعتباره معينا من قبل الأغلبية ، ففسر أعمال إدارته في حق المعارضين على أساس أنه يمثل الأغلبية كما سرى . أما إذا اعترض على إدارته من الشركاء من تكون حصصهم في المال الشائع لا تقل عن النصف ،

(١) وقد فرض القانون أن عدم اعتراض للشركاء على الإيجار الصادر من شريك منهم دليل على وجود وكالة سابقة منهم له بالتأجير . ومن ثم لا ينفذ الإيجار في حقهم إلا لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، شأن أي إيجار يصدر من الوكيل أو النائب . وهذا بخلاف ما إذا قلنا إن عدم اعتراض للشركاء على الإيجار الصادر من أحدهم إنما هو إقرار لاحق لا توكيل سابق ، فيبتين عندئذ أن يسرى الإيجار في حق الشركاء لأية مدة ولو زادت على ثلاث سنوات ، لأن الشركاء يكونون قد أقرروا الإيجار بالمدة المحددة فيه (لوسيط ٦قرة ٥٢ ص ٦٦ هامش ١) .

(٢) انظر أيضا فقرة ٤٨٨ .

(٣) ومن هذه الأعمال ما هو عمل مادي لا تصرف قانوني ، كزراعة الأرض ، فلا ترد عليه الوكالة . فيمكن اعتبار الشريك في هذه الحالة فصوليا ، وإلى هذا المتيّسّر المذكرة الإيضاحية ، للشرع التمهيدى عندما تقول : « أما إذا لم يختاروا مديرا ، وتقول أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين . عدوكلا عنهم . وهو على كل حال يكون فصوليا فيما لا يكون فيه وكلاء ، وذلك في حدود قواعد الفسالة » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٨٦) .

فإنه لا يصبح ممثلاً للأغلبية ، ومن ثم لا يستطيع المضي في إدارته ، ويجب عليه أن يتنحى^(١) .

٤٩٧ - تولى أغلبية الشركاء لمؤسسة : فإذا كانت هناك أغلبية من الشركاء ، على أساس قيمة الأنصبة ، متفقة على الوجه الذى يدار به المال الشائع ، فهذه الأغلبية هى التى تدير هذا المال ، ولو كانت شخصاً واحداً من الشركاء يملك أكثر من نصف المال الشائع^(٢) . وليس لباقي الشركاء ، مهما كان عددهم . أن يعترضوا على إدارة الأغلبية مادامت لم تخرج على حدود الإدارة المعتادة . على الوجه الذى يبناه فيما تقدم . وليس للأقلية أن تعترض إلا إذا كانت الأغلبية قد تعسفت في استعمال حقها في الإدارة . وراعت مصالحها وأهدرت مصالح الأقلية . لاسيما إذا كانت الأغلبية عدداً قليلاً من الشركاء أو كانت شريكاً واحداً فقط^(٣) . وهناك ملجأ آخر تلوذ به الأقلية ،

(١) فإذا أجز العين الثالثة بالرغم من ذلك ، استطاع الشركاء الذين اعترضوا إخراج المتأجر من كل العين ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يبرر في أى جزء منها سفر . وقد كان المتأجر في عهد التتقين المدنى القديم يجوز له ، كدائن للشريك المؤجر ، أن يتسلق بحقوق هذا الأخير في المشاركة في الانخفاض بالعين المؤجرة ، فلا يعتبر في شغل العين متعزلاً لحيازة باقي الشركاء ، بل حالاً على الشريك المؤجر . فلا يجوز طرده ، ويتعين الاتفاق معه على طريقة الانخفاض أو على القسمة قسمة نهائية أو قسمة مهادنة أو تعيين حارس أو مدير يتولى الإدارة (ففوس ملف ٧ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٧ ص ٩٩ - الإسكندرية مستعجل ٢٨ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥ ص ٩١ : لا يمكن اعتبار المتأجر سائراً بغير سند . ويكون الفصل في بطلان الإيجار أساساً بحقوق المصوم ومن اختصاص قاضى الموضوع) . أما في التتقين المدنى الجديد ، فإن أغلبية الشركاء هى التى تملك إيجار العين الثالثة إيجاراً تاماً في حق الجميع ، فلا يكون للشريك الذى أجز وحده حق شغل العين المؤجرة ، ويمنع تبعا لذلك على المتأجر منه أن يتسلق بحق ليس ثابتاً له فيه ، فيجوز إذن طرده من العين وردها إلى أغلبية الشركاء وإلى المتأجر منهم (الوسيط ٦ فترة ٥٢ ص ٦٢ وحامش ٣) .

(٢) فإذا كان أحد لشركاء يملك أكثر من النصف . كان له وحده حق الإيجار . وإذا كان لا يملك إلا الثلث مثلا وأجز المال الشائع كله لشريك آخر يملك هو أيضاً الثلث ، كان الشريك الآخر المؤجر والمتأجر موافقين على الإيجار ، ولما كانا يملكان الثلثين فإن الإيجار يسرى في حق باقي الشركاء . وكذلك يسرى الإيجار في حق باقي الشركاء لو أجز الشريكان اللذان يملكان الثلثين العين الثالثة كلها لأجنبى (الوسيط ٦ فترة ٥٢ ص ٦٠) .

(٣) حسن كيرة فترة ١٠٧ ص ٣٤٩ - إسماعيل غانم فترة ٦٩ ص ١٥١ وفترة ٧٢ ص ١٥٨ - عبد المنعم فرج الصلة فترة ١٢٧ ص ١٩٣ - منصور مصطفى منصور فترة ٥٨ ص ١٤١ .

بل يلوذ به أى شريك ، وهو طلب القسمة للخروج من الشيوع .
وقد ترى الأغلبية ألا تدبر المال الشائع بنفسها . بل تقيم وكلاء عنها . من
بين الشركاء أنفسهم أو من غيرهم . فى هذه الإدارة . فيكون هذا الوكيل
نائبا عن الأغلبية فى حدود الإدارة المعتادة . وأعمال الإدارة التى يقوم بها
تكون نافذة فى حق الجميع (١) . وقد ترى الأغلبية عدم إطلاق يد هذا الوكيل .
بل تضع نظاما يكفل حسن الانتفاع بالمال الشائع وإدارته على وجه مرضى .
فينصب هذا النظام ملزما لجميع الشركاء . وملزما للوكيل الذى اختارته
الأغلبية . وملزما لمن يختلف الشركاء من خلف عام كالوارث ومن خلف
خاص كالمشتري . وقد يتضمن هذا النظام قيودا على سلطة الوكيل ، فلا يستطيع
مثلا أن يوسع المال الشائع لأكثر من سنة ، أو يلزم بإيداع ريع المال فى مصرف
معين . وبديهي أن هذا النظام قابل للتعديل ، ويعدله من يملك وضعه ،
فيجوز لأغلبية الشركاء — وليس من الضروري أن تكون هى نفس الأغلبية
التي قامت بوضع النظام — تعديله أو إلغاؤه ووضع نظام جديد ، أو إلغاؤه
أصلا دون وضع أى نظام آخر .

٤٩٨ — عدم نوفر أغلبية من الشركاء لإدارة المال الشائع : فإذا لم
تتوافر أغلبية من الشركاء ، بحسب قيمة الأنصبة ، لإدارة المال الشائع ،
بل تعارضت ميولهم واختلفت اتجاهاتهم دون أن تخلص منهم أغلبية ، لم يبق
إلا الالتجاء إلى القضاء (٢) . فيجوز لأى من الشركاء أن يرفع الأمر إلى المحكمة —

(١) انظر آتفا فقرة ٤٩٦ .

(٢) وإذا أجر أحد الشركاء جزءا مفرزا من الدين الشائعة يبادل حصته ، فإنه لا يستطيع
تسليم هذا الجزء للمفرز إلى المستأجر إذا اعترض للشركاء الآخرون . ويكون الإيجار ملقا على
شروط حصول القسمة بين الشركاء ووقوع الجزء المفرز في نصيب الشريك المؤجر . فإذا وقع جزء
مفرز آخر في نصيب الشريك المؤجر ، فالرأى الغالب في الفقه أن ينتقل الإيجار إليه بحكم الحاول
الدين المقرر في التصرف في جزء مفرز من المال الشائع وفقا لقاعدة ٢/٨٢٦ مفع .

أما إذا أجر الشريك حصته للشائعة فقط ، لأكال الدين ولا جزءا مفرزا منها ، ففي هذه الحالة
يكون الإيجار صحيحا ، ولكن يتعين على المؤجر أن يسلم حصته الشائعة إلى المستأجر . وإلى أن تتم
القسمة لا يكون لمستأجر الحصه الشائعة أكثر مما للشريك المؤجر . ويترتب على ذلك أن أغلبية ،

الكلية أو الجزئية بحسب النصاب^(١) - وعلى المحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات والتدابير التي تقتضيها الضرورة . فقد تأمر بإيجار الأرض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها بأجرة مناسبة خوفاً من فوات الصفقة ، وتندب لذلك أحد الشركاء لإبرام عقد الإيجار . وقد تعين المحكمة عند الحاجة مديراً للمال الشائع ، من الشركاء أو من غيرهم ، ويكون لهذا المدير سلطة الحارس التقضائي ، فيقوم بأعمال الإدارة المعتادة ، ويقدم الحساب للشركاء . وذلك كله إلى أن يعود الشركاء أو أغليبيتهم إلى الاتفاق وعند ذلك يتنحى المدير الذي اختارته المحكمة ، أو إلى أن تم إجراءات قسمة المال الشائع إذا طلب أحد الشركاء القسمة .

الفصل الثاني

الإدارة غير المعتادة

٤٩٩ - نص قانوني : تنص المادة ٨٢٩ مدني على ما يأتي :

١ - للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل بما في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، على أن يعلنوا

حـ الشركاء يستطيعون إيجار العين كلها ويكون الإيجار نافذاً في حق الشريك المؤجر وفي حق المستأجر منه ، ولا يبقى للمستأجر إلا الرجوع حل المؤجر . فإذا لم توجد أغلبية جاز لشريك المؤجر ، والمستأجر منه من طريق الدعوى غير المباشرة ، أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه ضرورة استغلال المال الشائع (م ٨٢٨ مدني) ، فتعين المحكمة مديراً يتولى إدارة العين الشائعة ، وإذا عينته فقد يقر الإيجار الصادر من الشريك المؤجر . أما إذا تمت القسمة ، فإن المستأجر ينسلم حصصه المؤجر المفردة ، وينحصر الإيجار فيها (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦٣ - ص ٦٥) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيلي : « فإن لم تكن هناك أغلبية ، وشلت الإدارة بسبب ذلك ، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة (ويحسن النص على أن تكون المحكمة الجزئية التي يدخل في دائرتها المقار) أن تعين من يدين المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم ، وتتخذ المحكمة من الإجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٦) . ولم يأخذ النص بحمل المحكمة المختصة هي المحكمة الجزئية ، فوجب إذن أن تكون المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب النصاب .

قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان .

٢ - وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التصويبات (١) . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، فهو نص مستحدث . ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٣٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٦٥ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٦ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٧ من المشروع النهائي على الوجه

الآتي : « ١ - لشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يدخلوا ، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض . أمه له المال ما يخرج من حدود الإدارة المعتادة ، ولمن خالف من الشركاء حق الرجوع إلى المحكمة . ٢ - والمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من الإجراءات . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التصويبات » . وفي لجنة المداجمة اقترح تعديل النص بما يجعل الأغلبية هي ثلاثة أرباع المال الشائع ، وإضافة حكم يقضي بإعطاء بقية الشركاء بقرارات الأغلبية على أن تكون معارضة من لم يوافق على هذه القرارات في خلال شهر من وقت الإعلان . فوافقت اللجنة على ذلك ، وأصبح النص مع بعض تعديلات أخرى لفظة طفيفة مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن مدة المعارضة في المشروع هي شهر بدلاً من شهرين ، وأصبح رقم النص ٩٠٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٨ . واستبدلت لجنة المس الشيوخ كلمة « شهرين » بكلمة « شهر » ، فأصبح النص تحت رقم ٨٢٩ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التصحيحية ٦ ص ٨٧ - ص ٩٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٨٤ مطابقاً فيما عدا اشتراط التقنين السوري أن يكون إعلان قرارات الأغلبية بكتاب مضمون أو بطريقة أخرى .

التقنين المدني الليبي م ٨٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٦٥ : ١ - لشركاء أصحاب القدر الأكبر من الحصص أن يدخلوا ، بإذن المحكمة ، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض . أمه له المال ما يخرج من حدود الإدارة غير المعتادة . ٢ - والمحكمة أن تقرر ما تراه مناسباً من الإجراءات . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التصويبات .

ويخلص من هذا النص أن هناك أعمال إدارة تخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، فهذه تتولاها أغلبية أكبر من الأغلبية المعتادة ، ويكون للأغلبية غير الموافقة حق الاعتراض عليها أمام المحكمة .

٥٠٠ - الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة : جاء في

المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيلي ، في خصوص الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، ما يأتي : « إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة الخارجة عن الأعمال المعتادة ، كإدخال تغييرات أساسية في الفرض الذي أهد له المال لتحسين الانتفاع به ، وذلك كتحويل مطعم إلى مقهى ، أو إعادة بناء منزل لبعوله أصحح للاستغلال ، فللأغلبية أن تقرر ما تراه في ذلك ... » (١)

فالأعمال الخارجة عن حدود الإدارة المعتادة هي إذن التعديلات في الفرض الذي أهد له المال الشائع ، وذلك بقصد تحسين الانتفاع به . ففي الأراضي ، يعتبر إدارة غير معتادة تحويل الأرض من أرض للزراعة إلى أرض للبناء إذا كانت تصلح لذلك بالنسبة إلى موقعها ، أو إلى أرض تقام عليها مصانع للاستغلال الصناعي . كذلك يعتبر إدارة غير معتادة تحويل الأرض الزراعية من أرض للمحصولات العادية كالقطن والقمح والأرز إلى أرض مشجرة تفرس فيها أشجار الفواكه المختلفة أو أرض لزراعة الزهور . ولكن تعتبر إدارة عادية ، إذا ما حولت الأرض إلى زراعة الفواكه ، أن يفرس فيها صاحبها النخيل ، أو أن يزرع البقول والخضروات ما بين أشجار الفاكهة ، أو أن يربي المواجن ، أو أن يبني أبراج الحمام ، أو أن يجلب خلايا النحل . أما تربية المواشي بما تقتضيه من نفقات كبيرة وبخبرة فنية ومخاطر جدية ، فقد تخرج عن حدود الإدارة المعتادة .

« ويختلف التثنيان المذكوران عن التثنيين المصري في وجهين : (١) لا يشترط التثنيان المراق إلا الأغلبية العادية . (٢) ولكن يشترط من جهة أخرى إذن المحكمة مقبلاً قبل القيام بالعمل) .

قانون المسجبات والقواعد البنائية م ٨٣٦ : لا تجبر الأقلية على قبول قرارات الأغلبية إذا كانت

تقتض : أولاً - بأعمال التصرف والأعمال الإدارية أيضاً إذا كانت تمس الملكية مباشرة .
ثانياً - بتعديلات جديدة في عقد الشركة أو الشيء المشترك . ثالثاً - بمقتضى موجبات جديدة - ففي الأحوال المتقدم ذكرها يجب أن يتطلب رأى المعارضين . حل أنه يجوز للشركاء الآخرين أن يستعملوا عند الانقضاء الحق المنصوص عليه في المادة ٨٦ (اتخاذ الشيء كله لحسابهم الخاص) .

(١) موعة الأعمال التوضيرية ٦ ص ٨٨ .

وفي المباني ، يعتبر إدارة غير معتادة تحويل المظلم إلى مظهى أو المقهى إلى مظلم ، وإعادة بناء المنزل لجعله أصلى للاستغلال ، كما تقول المذكورة الإيضاحية فيما قلنا . كذلك يعتبر إدارة غير معتادة تحويل منزل السكنى إلى فندق ، أو إلى بنسبون ، أو إلى شقق مفروشة . وإقامة أحد الشركاء فى الشيوخ بناء على أرض فضاء شائعة تعتبر إدارة غير معتادة ، منفردا بالبحث فيما يلى .

٥٠١ - **الأغلبية الموزمة لتقرير الإدارة غير المعتادة :** والذى يقوم بأعمال الإدارة غير المعتادة يكون عادة هو نفس المدير للمال الشائع ، يعين على الوجه الذى سبق بيانه (١) . ولكنه فى قيامه بهذه الأعمال ، وهى تخرج عن الحدود المألوفة للإدارة المعتادة ، فى حاجة إلى موافقة أغلبية من الشركاء تختلف عن الأغلبية التى قدمناها فى الإدارة المعتادة من وجهين :

(الوجه الأول) الأغلبية المطلوبة للإدارة غير المعتادة ليست هى الأغلبية المطلقة ، أى ما يزيد على النصف على أساس قيمة الأنصباء ، بل هى أغلبية أكبر من ذلك تقتضى باخطورة أعمال الإدارة غير المعتادة . ويحددها صدر الفقرة الأولى من المادة ٨٢٩ مدنى ، على ما رأينا ، بأنها أصوات الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، . فإذا كان المدير للمال الشائع هو نفسه أحد الشركاء ، ويملك ربع المال الشائع مثلا ، فإنه يكون فى حاجة إلى موافقة عدد من الشركاء يملكون نصف المال الشائع على الأقل ، هذا إذا كان هو نفسه موافقا على العمل . وإذا لم يكن موافقا ، فلا بد من أن سائر الشركاء . وهم يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ، يتفق رأيهم على القيام بهذا العمل ، فيصبح المدير ملزما بالقيام به بالرغم من عدم موافقته . ويصبح أن يقتضى ، وتعين الأغلبية العادية مدير آخر يكون موافقا على العمل ، ليقوم به . وإذا كان أحد الشركاء يملك ثلاثة أرباع المال الشائع ، فإنه يستطيع وحده أن يقرر أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة على السواء . وليس لأقلية الشركاء ، وهى التى تملك الربع الباقى من المال الشائع المعارضة أمام المحكمة فى أعمال الإدارة المعتادة ، ولكن لهم حق المعارضة فى أعمال الإدارة غير المعتادة على ما سنرى .

(الوجه الثاني) ومع اشتراط القانون هذه الأغلبية الكبيرة ، فإنه بالإضافة إلى ذلك يكفل للأغلبية المعارضة حقها في الرجوع إلى المحكمة للتظلم من قرار الأغلبية . ويلزم القانون الأغلبية المذكورة بأن تعلن قراراتها في شأن الأعمال التي قررت القيام بها إلى كل شريك من الأقلية التي لم توافق . ولم يعين القانون طريقة خاصة للإعلان ، فيصح أن يكون على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل . وقد يكون شفويا ولكن على الأغلبية إثبات حصول الإعلان ولكل شريك من فريق الأقلية ، في خلال شهرين من يوم وصول الإعلان إليه ، أن يعارض في قرارات الأغلبية أمام المحكمة المختصة .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٢٩ مدني كما رأينا : « وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » . فالمحكمة إذن تبدأ بتقدير صواب القيام بالعمل الذي قرره الأغلبية ، وتسمع في ذلك حجج الأغلبية وحجج الأقلية . وقد نرى - بعد سماع حجج الطرفين ، ألا توافق على العمل ، فيمتنع على الأغلبية أن تقوم به . أما إذا وافقت المحكمة على العمل ، فقد تضع له شروطاً ونحوه بضمانات تكفل إنجازها على وجه مرضي . وقد يبقى العمل ، بعد كل ذلك ، غير مأمون العاقبة ، فتحتاط المحكمة لكفالة حقوق الأقلية المخالفة ، وتأمر الأغلبية بإعطاء الأقلية كفالة شخصية أو عينية ، تطمئن إليها الأقلية فيما إذا تحققت مخاوفها ونتج عن العمل خسارة ، فتجدد الأقلية في رجوعها بالتعويضات على الأغلبية هذه الكفالة أمامها تضمن هذا الرجوع . ويتبين من ذلك أن مرافقة المحكمة على العمل لا يعني الأغلبية من رجوع الأقلية عليها بالتعويض ، فيما إذا نتج عن هذا العمل خسارة للشركاء .

٥٠٢ — إقامة أمر الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة :

وإذا أقام أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها ، فإن هذا الشريك يكون قد أتى بحمل من أعمال الإدارة غير المعتادة

كما سبق القول^(١) . ويترتب على ذلك أن هذا العمل يقتضى موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة على النحو الذى قدمناه ، أو فى القليل إقرار هذه الأغلبية الخاصة للعمل بعد تمامه .

فلذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء ، ولم تقره بعد إقامته ، جاز طبقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد أن يجبر الشريك الباقى على إزالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى أن يكون هذا البناء قد ألحق بالأرض من ضرر^(٢) . أما فى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث لم يكن هناك نظام تشريعى لإدارة المال الشائع إدارة معتادة وإدارة غير معتادة ، فقد أشفقت محكمة النقض على الشريك الذى يبنى فى جزء مفروز من الأرض الشائعة من هذه النتيجة القاسية ، ولم يكن القانون يهين له وسيلة بلجأ إليها إلا لإجهاج الشركاء وهو أمر متعذر . فقضت بأن لكل من الشركاء على الشروع فى حيازة حصة فى الممتلكات المشتركة ، فإنه لا بعد بانبا فى ملك غيره . ومن ثم فإن المادة ٦٥ من القانون المدنى (السابق) لا تكون منطبقة على حالته لعلها يحكم البناء فى ملك الغير . ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية على الشروع فى الجزء الذى حصل فيه البناء ، فإن كل ما له هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لها على الشروع ، ثم يترتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة^(٣) . ومعنى ذلك أن الشريك الباقى لا يجبر على إزالة البناء ، وعلى الشركاء أن يطلبوا القسمة وينظروا نتيجةها . فإن وقع الجزء المقام عليه البناء فى نصيبه

(١) انظر ألفا ققرة ٥٠٠

(٢) وهذا ما يلجأ إليه الفقه الفرنسى (أوبرى ورو ٢ ققرة ٢٢١ ص ٥٤٩ - بودويه وشوفو ققرة ٢٩٩ - بلانزون وديبير وبيكار ٣ ققرة ٢٨٩ - كولان وكايتان ولامورا اندير ١ ققرة ١٠٣٦ .

(٣) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ بمجموعة ٣ رقم ٢٤ ص ٥٥ - انظر عكس ذلك وأن الشركاء أن يطلبوا إزالة البناء دون انتظار نتيجة القسمة : استئناف مصر ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٧ ص ٦٦٠ - مصر الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٢ - بين سوفى الكلية ٢٢ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٩٤ ص ٥٧١ - للنشئة الجزئية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٥٧٢ ص ١١٤٨ المتنا الجزئية ٢ يونيو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ١٩٠ ص ٥٤٨ - استئناف مخطط ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ .

الشريك الباني ، فقد تبين أنه بنى في ملكه . وتسلم له الأرض والبناء معاً . وإن لم يقع هذا الجزء في نصيبه : فالشريك الذى وقع في نصيبه هذا الجزء يكون في حكم صاحب الأرض التى بنى عليها الغير وهو سىء النية ، فتجوز الأحكام المتعلقة بذلك ويكون غيراً بين طلب إزالة البناء أو اسبقائه بالشروط التى قررهما القانون في هذا الصدد . ويصعب الآن التسليم بما قرره محكمة النقض في هذه المسألة ، بعد أن وضع القانون نظاماً تشريعياً يفتح الطريق أمام الشريك الذى يريد البناء في جزء مفرز من الأرض الشائعة ، فإليه إلا أن يحصل على موافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض ، وليس عليه أن يحصل على موافقة الجميع . ولذلك يلزم أصحاب أكثر الفقهاء في مصر بحق إلى أن الشريك الذى أقدم على البناء دون الحصول على موافقة الأغلبية المطلوبة يجوز إجباره على إزالة البناء والتعويض ، وذلك دون حاجة إلى طلب القسمة ودون انتظار لتأجيلها^(١)

أما إذا وافقت الأغلبية المقررة قانوناً على البناء قبل إقامته ، أو أقرته بعد إقامته^(٢) ، فإن جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم في الأرض الشائعة : ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم جميعاً . وبهذا قضت محكمة النقض ، إذ تقول إن الشريك الذى يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير في معنى المادة ٦٥ من القانون المدنى (السابق) . فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكته لحصة في هذا البناء . وجب أن يكون ذلك في مقابل ما يناسبها في تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته ، إذ أن مطالبتة هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه ، ومن ثم يكون الشريك الباني في هذه الحالة معتبراً في حكم الوكيل^(٣) .

(١) محمد على حرفة فقرة ٢٩٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١١٩ - إسحاق غانم فقرة ٦٩ ص ١٥٢ - ص ١٥٢ - عبد المنعم فرج الصلحة فقرة ١٢٥ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ - ص ١٩١ - حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٩ ص ١٤٤ - عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ١٣٧ ص ١٥٨ .

(٢) وتعتبر موافقة أو إقراراً نسبياً علم الشركاء بإقامة البناء وسكوته على ذلك دون اعتراض ، أما إذا طعنا فاعتراضوا أو لم يطلعوا أصلاً فيعتبرون غير موافقين (محمد على حرفة فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣ - حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٤) .

(٣) نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٩ ص ٦٩٠ - وانظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ١١٩ ص ١٤٩ حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٦ وطاش ٢ .

الفرع الثاني

التصرف في المال الشائع

٥٠٣ - تصرف الشركاء مجتمعين وتصرف الشريك منفرداً: رأينا^(١) أن المادة ١/٨٢٦ مدني نص على أن كل شريك في الشروع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها.. وظاهر من هذا النص أن للشريك أن يتصرف منفرداً في حصته الشائعة ، أما إذا تصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه (م ٢/٨٢٦ مدني) فإن لهذا التصرف حكماً آخر. وقد يتصرف الشركاء مجتمعين - أو تتصرف أغلبية كبيرة منهم (م ٨٣٢م مدني) - في المال الشائع كله ، ولهذا التصرف أيضاً حكمه الخاص .

فالتصرف إذن قد يكون جماعياً فيصدر من الشركاء مجتمعين أو من أغلبية كبيرة منهم ، وقد يكون فردياً فيصدر من الشريك منفرداً .

المبحث الأول

تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة منهم

١٤ - تصرف الشركاء مجتمعين

٥٠٤ - التصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه : إذا أجمع الشركاء على التصرف في المال الشائع كله . فهذا حقهم ، ويكون تصرفهم صحيحاً نافذاً في بالنسبة إليهم أجمعين . فإذا كانت الأرض شائعة بين شريكين وباعها الشريكان معاً ، فإن هذا البيع إذا سبل ينقل ملكية الأرض إلى المشتري . ولا يمكن أن يكون لقسمة الأموال الشائعة الأخرى بين الشريكين أثر في ذلك . لأن الشريكين لما باعا الأرض الشائعة فقد خرجت من ملكيتهما . ولا يجوز أن تدخل في أية قسمة بينهما بعد ذلك . وإنما يثور البحث في أثر القسمة في التصرفات

التي تصدر من الشريكين وتقرر للغير حقا عينيا غير الملكية ، كحق رهن أو حق انتفاع . فإذا رهن الشريكان معاً الدار الشائعة ، واقتسا بعد ذلك الدار والأرض فوقعت الدار في نصيب أحدهما ، فلها تقع مثقلة بحق الرهن . ولا يستطيع هذا الشريك أن يحتج بأنه كان لا يملك من الدار وقت أن رهنها إلا جزءاً شائعاً ، فلا يبقى الرهن على الدار إلا في حدود هذا الجزء أما الباقي فيعتبر مرهوناً من شريكه الآخر وقد تبين بعد القسمة أنه غير مالك له فيظل الرهن الصادر منه . لا يستطيع الشريك أن يحتج بذلك ، بل يبقى الرهن كله قائماً على الدار بعد القسمة . وقد طبق التتبع للمنفق تطبيقاً تشريعياً هذا المبدأ في الرهن الرسمي . فنصت المادة ١/١٠٣٩ منه على أن « يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيها بعد أو على بيعه لعدم إمكانه قسمته » (١) . ومنبحث هذه المسألة تفصيلاً في الجزء الخاص بالتأمينات ، عند الكلام في الرهن الرسمي .

كذلك إذا تصرف جميع الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع ، كان تصرفهم صحيحاً نافذاً في حق الجميع ، أيا كانت نتيجة القسمة فيها بعد . فلو أن أرضاً كانت شائعة بين ثلاثة بالتساوي ، ورهن الثلاثة من الأرض جزءاً مفرزاً يعادل ثلثها ، فإن هذا الرهن يلزمهم جميعاً . وإذا اقتسموا الأرض كلها بعد ذلك ، ووقع الثلث المفرز المرهون في نصيب أحدهم ، لزمه الرهن ، ولم يستطع أن يحتج بالقسمة على الدائن المرتهن بدعوى أنه لم يرهن من الثلث المفرز إلا ثلثه .

٥٠٥ - أنواع التصرف وما قدمناه لا يصدق على الرهن الرسمي،

وحده ، بل يصدق أيضاً على رهن الحيازة . كذلك ينطبق المبدأ في حالة تقرير

(١) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٧٤ - منصور منصور فقرة ٦٣ ص ١٥١ - حسن كيرة فقرة ١١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ ص ١٩٧ - شمس الدين إكبر في نظرية التأمينات طبعة ثانية سنة ١٩٥٩ فقرة ٤٤ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ .
وانظر في أن المادة ١/١٠٣٩ ما في تتضمن حكماً استثنائياً يسري على الرهن الرسمي دون رهن الحيازة : شفيق شحاتة في النظرية العامة للتأمين المبني طبعة ثالثة سنة ١٩٥٥ فقرة ١١٠ - سليمان مرقس في التأمينات المبينة ص ٣٤٦ هامش ١ - عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ٤٣٥ - عبد المنعم الإدراوي فقرة ١٣٦ - محمد علي إمام في التأمينات الشخصية والعينية فقرة ٣٢٨ ص ٤٧٢ .

حتى عيني أصل على المال الشائع من جميع الشركاء ، كتقرير حر ، نضاع أو حتى ارتفاق^(١) .

٢٨ - تصرف أغلبية كبيرة من الشركاء

٥٠٦ - نص قانوني : تنص المادة ٨٣٢ مدني على ما يأتي :

« للشركاء ، الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة ، خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة - عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقرر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا^(٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، وهو نص استحدثه التقنين المدني الجديد :

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١/١٠٦٢ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٦^(٣) .

(١) إسحاق غانم فقرة ٧٤ - حسن كبيرة فقرة ١١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ - خمس الدين المكيل في التأمينات طبعة ثانية فقرة ٤٤ و فقرة ١٦٨ ص ٤٥٧ - ص ٤٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٠ من المشروع التمهيدي على أنه جمالياتي :

« للشركاء ، الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع قيمة المال الشائع ، أن يقرروا وجوب التصرف فيه ، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية . ولن خالف من الشركاء حق الرجوع إلى المحكمة ، وللمحكمة أن تقدر ، تبعا للظروف ، ما إذا كان التصرف واجبا : بعد أن تتيقن أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء . وفي لجنة المراجعة عدل النص بعض تعديلات لغوية ، وأضيف إليه حكم يقضي بوجوب إعلان قرارات الأغلبية لبقية الشركاء . ولن خالف هذه القرارات حق الرجوع إلى المحكمة في خلال شهر من وقت الإعلان . فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد : فيما عدا أن حق الرجوع إلى المحكمة في المشروع يكون في خلال شهر ، وأصبح رقم النص ٩٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠١ . وفي لجنة المساءلة استبدلت كلمة « شهرين » بكلمة « شهر » ، تمشيا مع ما سبق أن تقرر في مادة سابقة ، وأصبح رقم النص ٨٣٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٤ - ص ٩٧) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويخلص من هذا النص أنه بالرغم من أن التصرف في المال الشائع يقتضي اتفاق جميع الشركاء ، إلا أنه قد تعرض ظروف هامة وتقوم أسباب قوية تستدعي التصرف في هذا المال . ومع ذلك يتعذر إجماع الشركاء على التصرف . فتدخل المشرع في هذه الحالة الاستثنائية . وأجاز لأغلبية كبيرة من الشركاء أن تقرر التصرف في المال الشائع ، مع إعطاء الأقلية غير الموافقة الضمانات الكافية .

٥٠٧ - الأسباب القوية التي تستدعي التصرف في المال الشائع :
قد يسوء استغلال المال الشائع وهو باقٍ على الشيوع ولا توجد طريقة لتلافي هذا النقص ، ويظهر من جهة أخرى أن قسمة المال بين الشركاء ضار بمصالحهم . فنعتقد بتبين أن الأجدى ، ليس هو بقاء الشيوع أو القسمة ، بل هو التصرف في المال الشائع . وقد توافى فرصة يستطيع معها التصرف في المال الشائع في صفقة رابحة . يخشى من فواتها وألا تعود . وقد تتعذر إدارة المال الشائع بالرغم من جميع الوسائل التي هيأها القانون لإدارته ، وتكون القسمة العينية ضارة بالشركاء ، ويكون التصرف في المال لأجنبي هو خير وسيلة لقسمة . وقد تحتاج العين الشائعة إلى تعميم يستدعي تفقة ، ولا سبيل إلى الحصول على المال اللازم إلا عن طريق رهن العين . بل قد يتبين أن هناك طريقة أفضل لاستغلال المال الشائع ، كأن تكون أرضاً مثلاً وفي إقامة مباني عليها مضاعفة لغلتها ، والحصول على المال اللازم لإقامة المباني يقتضي رهن الأرض . هذه الأسباب وأمثالها تعتبر أسباباً قوية تستدعي التصرف في العين الشائعة ، تارة بالبيع وطوراً بالرهن .

== التفتين المدني السوري م ٧٨٧ (مطابق) ، فيسا عدا أن تبليغ القرارات إلى باقي الشركاء في التفتين السوري يكون بكتاب مضمون أو بطريقة رسمية أخرى) .

التفتين المدني الليبي م ٨٤١ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ١/١٠٦٢ كل واحد من الشركاء أجنبي في حصّة الآخر ، وليس أنه أن يتصرف فيها تصرفاً مضرّاً يُلحق وجه من غير رضاه .

(والتفتين العراقي لا يميز للأغلبية ، مهما بلغت ، التصرف في المال الشائع) .

خالفون الموجبات والمقود اللبناني م ٨٣٦ (انظر آتفا مقرة ٤٩٩ في المامش)

وكان التصرف في العين الشائعة كلها التصرف في جزء مفروز منها . فتقوم أسباب قوية تستدعي ، ليس التصرف في جميع العين الشائعة ، بل في جزء مفروز منها فقط . ويتعلل إجماع الشركاء على هذا التصرف فيجوز للأغلبية صالحة الذكر . من باب أولى ، التصرف في هذا الجزء المفروز .

٥٠٨ - الأغلبية الموزنة لتقرير التصرف في المال الشائع : وما دام إجماع الشركاء متعذراً ، والتصرف تقوم به أسباب قوية ، فلا بد إذن من الترخيص في شرط الإجماع والاكتفاء بأغلبية كبيرة وذلك في مصاحبة جميع الشركاء .

ويشترط القانون أن تكون هذه الأغلبية هي عدد من الشركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، وهذه هي نفس الأغلبية المقررة في الإدارة غير المعتادة فيما قدمناه^(١) . والعدد الذي يملك هذا القدر من المال الشائع قد يكون كبيراً أو قليلاً ، بل قد يكون شريكاً واحداً . فإذا ملك شريك ثلاثة أرباع المال الشائع ، كان له أن يقرر وحده التصرف في هذا المال إذا قامت أسباب قوية تدعو إلى ذلك .

٥٠٩ - الضمانات المطاة للأغلبية : ولم يترك القانون الأقلية دون حماية ، كما حماها في خصوص الإدارة غير المعتادة على ما قدمنا^(٢) . فالقرار الذي يصدر من الأغلبية بالتصرف في المال الشائع لا يكون نافذاً فوراً ، بل يجب على الأغلبية إعلانه للأقلية . ويكون الإعلان بأية طريقة : ورقة على يد محضر ، أو كتاب مسجل أو غير مسجل ، أو إخطار شفوي ويقع عبء إثباته على الأغلبية . ولأي شريك من فريق الأقلية ، في خلال شهرين من وقت إعلانه بقرار الأغلبية ، أن يعارض في هذا القرار أمام المحكمة المختصة^(٣) . والمحكمة تستوثق أولاً من قيام أسباب قوية تستدعي التصرف في العين الشائعة ، فإن لم تقتنع بذلك ألغت قرار الأغلبية .

أما إذا اقتنعت بقيام هذه الأسباب القوية ، فلها تنتقل بعد ذلك إلى النظم

(١) انظر ألفا فقرة ٥٠١ .

(٢) انظر ألفا فقرة ٥٠١ .

(٣) فإن لم يعارض أحد في خلال شهرين ، أصبح قرار الأغلبية نافذاً وملزماً للأقلية .

فما إذا كان من الممكن قسمة العين قسمة عينية لتخليص الشركاء من الشروع وإطلاق يد كل واحد منهم في نصيبه مفرزاً ، فلا يعود الأمر في حاجة إلى فرض قرار الأغلبية على الأقلية . والمشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣٢ صريح في هذا المعنى ، إذ يقول : « وللمحكمة أن تقرر ، تبعاً للظروف ، ما إذا كان التصرف واجباً ، بعد أن تبين أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء » . فتقدير المحكمة ما إذا كان التصرف واجباً يأتي بعد تبينها أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، وإذا كان النص الذى استقرت عليه المادة ٨٣٢ مدنى ، وهو يقول « وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر .. » ، قد غير من ترتيب العبارات . فإنه لم يقصد تغييراً في المعنى ، بل إن هذا التغيير قد وصف بأنه مجرد تعديل لفظي^(١) . فإذا رأت المحكمة أن القسمة العينية لا تضر بمصالح الشركاء ، أمرت بها ، ولو من تلقاء نفسها ، دون أن يطلبها أحد من الشركاء^(٢) .

أما إذا تبينت المحكمة أن القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء ، فإنها تنتقل أخيراً إلى تقرير ما إذا كان التصرف الذى قرره الأغلبية تصرفاً حكيماً تبرره الظروف القائمة وليس فيه غبن فادح . فهي في النهاية تقدر ، تبعاً للظروف ، « ما إذا كان التصرف واجباً » . فإن رأته واجباً أمرت به ، ونفذته الأغلبية وفقاً للقرار الذى اتخذته في هذا الشأن ، بعد أن أعطيت الأقلية الضمانات المعقولة للاستيثاق من صواب هذا القرار . وإن تره المحكمة واجباً ، ألغت قرار الأغلبية ، ولم يعد التصرف ممكناً بعد ذلك إلا بإجماع الشركاء^(٣) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٥٠٦ في الهامش - وانظر في هذا المعنى محمد كامل د. ص ٢ فقرة ٦٧ ص ١١٤ - مدخل عرفة فقرة ٣٠٣ مكررة ص ٤٠٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٩٣٧ ص ١٦٨ - حسن كبرى فقرة ١١٢ ص ٣٦٣ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٤ ص ١٥٢ .

(٢) انظر عكس ذلك وأن المحكمة لا تقضى من تلقاء نفسها بالقسمة العينية ، بل يجب أن يطلب القسمة أحد الشركاء : إسمايل غانم فقرة ٧٥ ص ١٦٣ - ص ١٦٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٣ .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في المعاني التي قد منها ما يأتي : « سار المشروع على تنليب رأى الأغلبية إلى حد بعيد ، إذ أجاز لأغلبية أهل من الأغلبية المتعانة -

المبحث الأول

تصرف الشريك منفردا

٥١٠ - تصرف الشريك في حصة الشائعة وتصرفه في شيء مفروز :
 قدمنا^(١) أن الشريك قد يتصرف منفردا في حصته الشائعة وهذا هو الغالب ، وقد
 يتصرف منفردا كذلك في شيء مفروز : إما في جزء مفروز من المال الشائع أو
 في المال الشائع كله .

المطلب الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

٥١١ - حكم هذا التصرف وما يترتب عليه من جواز استرداد
 الشراء للمحصة الشائعة : نبين فيما يلي حكم تصرف الشريك في حصته
 الشائعة ، ثم نبين ما يترتب على هذا التصرف من جواز استرداد باقي الشركاء
 لهذه الحصة إذا كانت شائعة في منقول .

١٨ - حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة

٥١٢ - صحة التصرف وقاؤه في حق باقي الشركاء : يجوز للشريك
 أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف ، وقد رأينا أن المادة

= (شركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع قيمة المال) أن يتصرف في المال الشائع بالبيع أو المقايضة
 مثلا ، إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى ذلك ، كأن يكون هذا التصرف في مصلحة الجميع ،
 أو أن يكون استغلال المال الشائع في حالته التي هو عليها متضررا . وقرار الأغلبية ملزم للأقلية ،
 إلا أن ملوذاً حق التظلم إلى المحكمة . ولهذا أن تراجع قرار الأغلبية ، ولا تفره إلا إذا رأت أنه
 يحقق المصلحة ، وأن الالتجاء إلى إنهاء الشروع عن طريق قسمة المال المشاع ضار بمصالح الشركاء .
 (مجلة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥) .

(١) انظر ألفا فقرة ٥٠٣ .

١/٨٢٦ مدني تنص على أن وكل شريك في الشروع بملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها... (١).

فيجوز للشريك أن يتصرف في حصته معاوضة كأن يبيعها أو يقايض عليها ، أو تبرعا كأن يهبها .

ويجوز أن يصدّر التصرف إلى أحد الشركاء الآخرين أو إليهم جميعا (٢) ، كما يجوز أن يصدّر إلى أجنبي من غير الشركاء (٣) . وفي حالة التصرف إلى أجنبي ، يجوز لباقي الشركاء أن يستردوا الحصة المبيعة في المتقول كما سرى .

ومتي تم التصرف ، كان صحيحا نافذاً في حق باقي الشركاء ، دون حاجة إلى أي إجراء آخر . فليس ضروريا أن يعلن التصرف إلى باقي الشركاء أو أن يوافقوا على التصرف ، كما في حوالة الحق ، لأننا هنا في صدد حق عيني لا حق شخصي . ولكن إعلان باقي الشركاء بالتصرف يكون مفيداً ، إذ يجعل ميعة الحق في الاسترداد في المتقول أو الحق في الأخذ بالشفعة في العقار يسرى على هؤلاء الشركاء .

وترتب على التصرف في الحصة الشائعة أن محل المتصرف له - المشتري أو الموهوب له مثلاً - محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة ، ويصبح هو الشريك في المال الشائع بدلا من الشريك المتصرف . ويلاحظ أنه

(١) انظر ألفا فقرة ٤٨٦ .

(٢) وإذا صدر التصرف من شريك إلى شريك ، وترتب على ذلك أن زالت حالة الشروع ، فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريق التصفية ، كما لو بيع المال الشائع كله لأحد الشركاء . انظر في ذلك إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٨١ - ص ١٨٢ وكذلك هامش ٢ ص ١٨٢ والمراجع المشار إليها .

(٣) ويكون هذا تصرفا في حصة شائعة ولو كان للشريك البائع وأضما يده على قدر مفرق (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما جز ٢٠ ص ٩٩١) . وإذا جاوز الشريك البائع مقدار نصيبه الشائع ، كان البيع غير نافذ في حق باقي الشركاء فيما جاوز هذا النصيب (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٧٥) .

ولا يمنع الشريك من التصرف في حصته الشائعة اتفاقه مع شركائه الآخرين على البقاء في الشروع مدة معينة ، فهذا الاتفاق إنما يمنعه من طلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق عليها ، ولا يمنعه من التصرف في حصته الشائعة . ويتقيد المشتري لهذه الحصة ، باعتباره خلفا غامضا ، بالاتفاق على البقاء في الشروع المدة المعينة في الاتفاق . انظر إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٧٨ - ص ١٧٩ .

يجب تسجيل التصرف إذا كانت الحصة الشائعة عقارا حتى تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه ، ويستوى في ذلك أن يكون هذا العقار قائما بذاته أو داخلا في مجموع من المال كما لو تصرف الوارث في نصيبه الشائع في الشركة وكانت الشركة تشمل على عقارات (١) .

وكما يجوز للشريك التصرف في كل حصته الشائعة ، يجوز له كذلك أن يتصرف في بعضها شائعا . فإذا كان مثلا يملك في المال الشائع النصف . جاز له أن يبيع نصف هذه الحصة ، فيبيع ربع كل المال الشائع . ويدخل المشتري شريكا في المال الشائع بقدر الربع مع سائر الشركاء ، ومنهم الشريك البائع الذي يبقى شريكا بقدر الربع بعد أن باع نصف حصته الشائعة .

وإذا كانت العين الشائعة داخلة في مجموع من المال الشائع ، كما لو كانت دارا داخلة في شركة ، وباع الوارث حصته الشائعة في الدار وحدها دون سائر الأموال الشائعة ، جاز ذلك ، وحل المشتري محل الوارث شريكا في هذه الدار مع سائر الورثة . ولا بد ، في هذه الحالة ، لإزالة الشبوح . من إجراء قسمتين : القسمة الأولى بين المشتري وسائر الورثة في الدار التي أصبح المشتري شريكا فيها ، والقسمة الأخرى بين الوارث الذي باع حصته في الدار وسائر الورثة في بقية أموال الشركة . وتجنبنا لهذا التحقيد قضت بعض التشريعات بأنه لا يجوز التصرف في حصة شائعة في مال داخل في مجموع إلا باتفاق الشركاء (٢) . وذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن للتصرف صحيح ولكن أثره يتوقف على نتيجة القسمة ، فإن وقعت العين التي تصرف الوارث في حصته الشائعة فيها في نصيب هذا الوارث صح تصرفه في حصته ، وإن وقعت في نصيب غيره من الورثة تبين أن الوارث لم يكن مالكا للحصة التي باعها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اشترى شخص من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ، اعتبر المشتري من الغير ، وبالتالي لا يجتبع عليه هذه القسمة . يستوى في ذلك أن يكون شرائه سابقا على إجراء القسمة أم لاحقا لها ، ويصيح في الحالين شريكا في العقار الشائع بقدر الحصة التي اشترها . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقا ، بل له أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتفع القسمة التي تمت دون أن يكون طرفا فيها (نقض مدني ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ دقم ١٨٤ ص ١١٧٣) .

(٢) انظر المادة ٢٠٣٣ من القانون المدني الألماني .

وكان حكم بيعه لهذه الحصة هو حكم بيع ملك الغير^(١). ولكن محكمة النقض في مصر ذهبت إلى عكس هذا الرأي . وقضت بأن للشريك على الشيوع في عدة عقارات أن يبيع حصته شائعة في بعض العقارات ، وإذا سهل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعة ، ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذه الأعيان^(٢).

٥١٣ - ترتيب من عيني أصلي على الحصة الشائعة : أهم الحقوق العينية الأصلية - عدا حق الملكية - هي حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق المحكر . أما المحكر فتستعصي طبيعة الشيوع عليه ، ومن ثم لا يجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق محكر على حصته لأن المحكر يقتضي البناء أو الغراس في أرض مفرزة . هذا إلى أن المحكر أصبح لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة . والأرض الموقوفة لا تكون شائعة ، بل هي مملوكة للوقف . وكذلك حق الارتفاق لا يرد على حصة شائعة ، فلا يجوز للشريك في العقار الشائع أن يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق ، لأن حق الارتفاق يقتضي مباشرة صاحب هذا الحق أعمالا لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز^(٣). وقد رأينا^(٤) أنه يجوز لجميع الشركاء في العقار الشائع أن يرتبوا معا حق ارتفاق على هذا العقار . ويبقى حق الارتفاق على العقار كله أيا كانت نتيجة القسمة^(٥).

(١) Jonasco - Vincent في المجلة الانتدائية سنة ١٩٣٢ ص ٢٨٤
رأيا بعدها .

(٢) نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ حوجة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ - ١٣٧٥ - وانظر إسماعيل غانم لفقرة ٨٠ ص ١٨٠ وهاش ٢ - حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٠ هاش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٤ هاش ١ .

(٣) عبد المنعم البدواي فقرة ٢٨٠ ص ٣١٨ - إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هاش ٢ - حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٣٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ هاش ١ .

(٤) انظر آتفا فقرة ٥٠٥ .

(٥) وكلا لا يجوز ترتيب حق ارتفاق على حصة شائعة كذلك لا يجوز ترتيبه لمصلحة حصة شائعة ، لأن حق الارتفاق غير قابل لتجزئة (بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٣ - عبد المنعم البدواي فقرة ٢٨٠ ص ٣١٨ - إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هاش ٢ حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٣٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ هاش ١) .

بقي حق الانتفاع . وهذا يمكن دون شك لصاحب الحصة الشائعة أن يرتبه على حصته . ويكون لصاحب حق الانتفاع في الحصة الشائعة جميع الحقوق التي يحولها هذا الحق بما يتلاءم مع الشروع ، فيجوز له أن يستغل الحصة الشائعة ويقوم بإدارتها إدارة معتادة مع سائر الشركاء في المال الشائع^(١) ، وتسرى أحكام الإدارة المعتادة في المال الشائع هنا ، وإذا اقتضى شأن من شؤون هذه الإدارة أغلبية الشركاء اعتد برأي صاحب حق الانتفاع لا برأي الشريك صاحب الرقة . أما فيما يجاوز الإدارة المعتادة إلى الإدارة غير المعتادة ، وكذلك في أعمال التصرف وفي طلب القسمة ، يكون الشريك صاحب الرقة هو صاحب الشأن في ذلك ، ولا شأن لصاحب حق الانتفاع^(٢) . وإذا انقضى حق الانتفاع قبل انقضاء الشروع . آلت الملكية كاملة إلى الشريك صاحب الرقة وعاد بممارسة جميع حقوق الشريك . أما إذا بقي حق الانتفاع قائماً بعد انقضاء الشروع ، بأن قسمت العين الثلاثة مثلاً ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشريك صاحب الرقة ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى هذا الجزء المفرز بحكم الحلول العيني^(٣) .

(١) ولعل هذا الأساس يستلزم صاحب حق الانتفاع أن يتفق مع سائر الشركاء على مهابة مكانية أو زمانية ، فإن هذا الضرب من القسمة يدخل في شؤون الإدارة المعتادة ، ولكن يلزم إجماع الشركاء عليه كما قدما ، ويدخل في هذا الإجماع صوت صاحب حق الانتفاع دون صوت الشريك صاحب الرقة . ولكن قسمة المهابة المكانية التي تم باتفاق مع صاحب حق الانتفاع لا تنقلب بعد خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ، لأن الشريك صاحب الرقة ، وهو وحده الذي يملك القسمة النهائية ، لم يكن طرفاً في المهابة المكانية . وإذا كانت المهابة قد تمت من قبل أن يقرر حق الانتفاع ، فإن صاحب هذا الحق يلتزم بها ، فإذا كانت مهابة مكانية ودامت خمس عشرة سنة فإنها تنقلب إلى قسمة نهائية إذ أن الشريك صاحب الرقة قد كان طرفاً فيها قبل أن يرتب حق الانتفاع - انظر حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٢ هامش ٢ .

(٢) إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هامش ٢ - حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠١ - ص ٤٠٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ .

(٣) وهذا ما يصح الأخذ به طبقاً للنظرية الحديثة في الحلول العيني (انظر أنفاً فقرة ١٥٧ وما بعدها) . فقد قلنا عند الكلام في هذه النظرية أن حق الانتفاع ينتقل من الشيء إلى عوفه بحكم الحلول العيني (م ١/٩٩٤) . ونقيس هنا على حالة الشيء الممثل بحق الانتفاع وحلول ما يقوم مقامه من عوض مكانه بحكم الحلول العيني (انظر أنفاً فقرة ١٦٢ في آخرها) حالة انقلاب المال الممثل بحق الانتفاع من حصة شائعة إلى مال مفرز .

٥١٤ - ترتب من عيني تبني على الحصة الشائعة : الحقوق العينية

التبعية هي حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز . ويجوز أن ترتب كل هذه الحقوق على الحصة الشائعة .

فيجوز أن يترتب حق امتياز على الحصة الشائعة إذا باعها صاحبها ولم يقبض الثمن كله ، فيكون له حق امتياز على الحصة الشائعة التي باعها ، سواء كانت عقارا أو منقولا ، بما يبقى له من الثمن .

ويجوز أن يترتب حق اختصاص على الحصة الشائعة ، فيحصل دائن صاحب الحصة الشائعة في عقار على اختصاص بهذه الحصة ، إذا كان قد استوفى الشروط المقررة قانونا .

ويجوز كذلك أن يرهن صاحب الحصة الشائعة في عقار حصته رهنا رسميا وقد نصت المادة ٢/١٣٩ مدني صراحة على جواز ذلك فقالت : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة .. »

ويجوز أخيراً أن يرهن صاحب الحصة الشائعة حصته رهن حيازة . ولا يحول دون ذلك أن رهن الحيازة يقتضي حيازة الشيء المرهون حتى يكون نافذاً في حق الغير ، فإن الحصة الشائعة قابلة لأن تكون محلاً للحيازة . ويحقق ذلك مثلاً فيما إذا وضع المال الشائع كله تحت يد الدائن المرتهن رهن حيازة ، فيحوزه بصفته دائناً مرتباً بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي ارتهنها ، وبصفته مديراً للمال الشائع بالنسبة إلى باقي الحصص . كذلك قد يوضع المال الشائع كله تحت يد أحد الشركاء الآخرين أو تحت يد أجنبي ، فيحوزه بصفته عدلاً بالنسبة إلى الحصة الشائعة المرهونة ، وبصفته مديراً بالنسبة إلى باقي الحصص . وقد يكون المال الشائع مقسوماً بين الشركاء قسمة نهائية ، فيحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي خلص لهذا الأخير من قسمة النهاية . وهكذا نرى أن هناك صوراً متعددة لحيازة الحصة الشائعة حيازة مادية ، ويترتب على ذلك أن شيوع الحصة لا يمنع من إمكان رهنها رهن حيازة (١) كما قلنا .

(١) محمّد علي مرّة فقرة ٣٠١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٦ - إسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٢ - ص ١٨٢ - حنّ كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٢ هامش ٣ - عبد المنعم فرج الصدقة

وإذا بقى الشيوع حتى حل الدين المضمون بأحد هذه الحقوق العينية التابعة ، فحل المرئجل من الثمن في حق الامتياز ، أو اعترزم الدائن التنفيذ بحقه على الحصة الشائعة التي أخذ عليها حق اختصاص ، أو حل الدين المضمون برهن رسمي أو رهن حيازة حلت به الحصة الشائعة ، فإن الدائن ينفذ على الحصة الشائعة وهي لا تزال في الشيوع . فتبايع هذه الحصة جبراً على صاحبها ، ويحل الراسي عليه المزداد محل الشريك صاحب الحصة ويصبح شريكاً مكانه مع سائر الشركاء في المال الشائع . ولا يوجد نص في القانون المصري ، كما وجد هذا النص في القانون الفرنسي (م ٢٢٠٥ مدني فرنسي) ، يمنع من التنفيذ على الحصة الشائعة ويوجب إفرازها قبل التنفيذ عليها .

أما إذا تمت اللقمة قبل أن ينفذ الدائن بحقه ، فإن في التقنين المدني المصري نصاً في هذه المسألة في خصوص الرهن الرسمي . إذ تقول المادة ١٠٣٩/٢ مدني : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار .. ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمجربته إلى قبض من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل .. » ونرى من هذا النص أن العقار المفروز الذي يقع بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن لحصته الشائعة رهنًا رسميًا في عقار واحد من عقارات متعددة شائعة يحل حلولاً عينيًا محل الحصة الشائعة المرهونة ، وينتقل الرهن الرسمي إليها^(١) . وسنتناول هذا النص

المسقرة ١٣٧ ص ٢١٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٢ هامش ١ - عيد الافتتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٣٥ - شمس الدين الوكيل في التأمينات طبعة ثانية فقرة ١٦٨ ص ٤٦٠ - ص ٤٦١ . (١) ويعتبر من تطبيقات الحلول العيني ، ليست فحسب هذه الصورة ، بل أيضاً صورة ما إذا كان هناك عقار شائع وأخذ رهن أحد الشركاء فيه حصته على الشيوع ، ثم قُبضَ العقار على الشركاء . فينتقل الرهن من حصة الشريك الشائعة إلى نصيبه المفروز ، ويكون ذلك بفضل الحلول العيني ، وقد سبق أن قررنا هذا الحكم في خصوص انتقال حق الانتفاع من الحصة الشائعة إلى الجزء المفروز التي حل لها (انظر آنفاً فقرة ٥١٣ في آخرها وقلار منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٧) . ويلعب كثير من اللقهاء إلى أن ورود الرهن بعد اللقمة على الجزء المفروز بالاً من الحصة الشائعة لا يعتبر من قبيل الحلول العيني ، بل هو مجرد أنه يطبق للقسم (إسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٣ - حنن كبيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٣ هامش ١ - عيد المزمج فرج الصدة فقرة ١٣٧ ص ٢١٠ - شمس الدين الوكيل في التأمينات طبعة ثانية فقرة ٤٥ ص ١١٢ هامش ١ - وانظر عكس ذلك وأن المال المفروز يحل حلولاً عينيًا محل الحصة الشائعة منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٦ هامش ٢) .

بالشرح المفصل عند الكلام في الرهن الرسمي . وقد قلنا أن كلا من حق الاختصاص وحق الامتياز وحق رهن الحيازة يسرى عليه نفس الحكم المقرر في الرهن الرسمي^(١) .

وغنى عن البيان أنه إذا وقع العقار المرهون حصاة شائعة فيه بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن ، تركر الرهن (أو الاختصاص أو الامتياز) على هذا العقار في الحصاة الشائعة التي رهن ابتداء^(٢) .

== ونحن نفضل الأخذ بفكرة الحالول المسمى وأن المال المقرض يحل حلولاً عينياً محل الحصاة الشائعة . ذلك أن حق الرهن لما وقع على الحصاة الشائعة ، كان محله هذه الحصاة ذاتها . ولا نفق عند الاعتراض القائل بأن الحق المسمى لابد أن يتركز على شيء مادي ، فخاصية الشيوع هي بالذات هذه الحصاة الشائعة التي ينقسم إليها حق الملكية ، مع عدم انقسام المال الشائع . فإذا رهن الشريك حصته الشائعة ، فإنه يكون بذلك قد رتب حق الرهن على هذه الحصاة الشائعة لا على المال الشائع . فإذا قسم المال الشائع ، ووقع في نصيب الشريك الراهن جزء مقرض ، فإن هذا الجزء المقرض يكون شيئاً آخر غير الحصاة الشائعة التي كانت للشريك من قبل ، ويحل محلها حلولاً عينياً ، ومن ثم ينتقل الرهن من الحصاة الشائعة إلى الجزء المقرض بموجب الحلول المسمى (انظر آنفاً فقرة ٤٨٥ في هامشها الأخير) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٢ - ويشترط بطبيعة الحال أن يكون قد وقع في نصيب الشريك الراهن عين تتبل نوع الرهن الذي صدر منه ، فإن كان الرهن رهناً رسمياً ووقعت في نصيبه متقلات فلا يجوز أن ينتقل إليها الرهن الرسمي . وقد تعتمد القسمة عينياً ببيع المال الشائع ، ويكون للشريك الراهن جزء من ثمنه ، أي مبلغ من النقود ، فلا يكون للدائن المرتهن في هذه الحالة إلا أن ينفق على هذا المبلغ . وليس له تتبع المقارضى الراس عليه المزداد ، فإن المقارضة تظهر من الرهن بموجب حكم مرمى المزداد (محمد على عرفة فقرة ٣٠٠ ص ٣٩٧ - ص ٣٩٨ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٢٥ ص ١٥٤ - ص ١٥٥ و فقرة ١٣٠ - إسحاق غانم فقرة ٨١ ص ١٨٤ - ص ١٨٥) .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٦ - بلاتويل ورييرو بيكيه فقرة ٤٢٣ ص ٤٥٧ - عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات العينية والشخصية فقرة ٢٢٤ ص ٣٣٦ - سليمان مرقس في التأمينات العينية فقرة ٤٩ ص ٧٩ - محمد على إمام في التأمينات العينية والشخصية فقرة ١٥٧ ص ٢٥٠ - منصور مصطفي منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٤ - محمد على عرفة فقرة ٣٠٠ ص ٣٩٩ - انظر عكس ذلك وأن التتار كله لا حصاة منه فقط يصبح مرهوناً ذي بائع وركز فقرة ٤٨٣ ص ٤٠٩ - أحمد سلامة في التأمينات العينية - الرهن الرسمي فقرة ٥٠ ص ١٧٣ .

وانظر الأستاذ منصور مصطفي منصور ، ويقترح من الناحية التشريعية تعميم القاعدة الواردة في المادة ٢/١٣٩ مدني في خصوص رهن الحصاة الشائعة ، تنسرى على كل حق أوقيد حتى يرد على حصاة الشريك في الشيوع ، فينتقل الحق أو التبدد ، بحكم الحلول المسمى ، من الحصاة الشائعة إلى ما حل محلها بموجب القسمة من مال مقرض (منصور مصطفي منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٧) .

٢٥ - استرداد الحصة الشائعة

٥١٥ - نص قانوني : تنص المادة ٨٣٣ مدني على ما يأتي :

١ - للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسرد قبل تقسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لاجنبي بطريق المارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ طلمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به . ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفق .

٢ - وإذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسرد بنسبة حصته (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٦٢/٥٦١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٢ - وفي التقنين المدني العراقي

لا مقابل - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٨ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠١ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عد أن المشروع كان يحمل مباد إعلان الرقبة في الاسترداد شهراً من يوم إعلان الشريك بالبيع . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٠٤ في المشروع النهائي ، بعد أن عدلته فحطت المباد ثلاثين يوماً من يوم العلم أو الإعلان . ووافق لمس النواب على النص تحت رقم ٩٠٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٣ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٩٧ - ص ٩٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٦٢ / ٥٦١ : يجوز للشركاء في الملك قبل قسمته بينهم أن يسردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التي باعها أحدهم لغيره ، ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو الشائعة . (ويختلف التقنين السابق عن التقنين الجديد في أن الأول يحمل الاسترداد في المنقول والمقار ، فيترأس في إثبات حق الاسترداد وحسن الشفعة) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٨ : إذا باع أحد الشركاء حصة الشائعة من شخص.

آخر ، فليسائر شركاء أن يتلوعوا بحق الشفعة وفقاً للأحكام القانونية المختصة . (وقد عيى القانون اللبناني أحكام الشفعة فيقبطها في المقار وفي المنقول) .

ويخلص من هذا النص أن القانون أعطى للشريك في الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر. وسنرى أن في الشفعة أيضاً يكون للشريك في الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر، فحق الاسترداد (retrait d'indivision) وحق الشفعة (préemption) ميثاقان من هذا الوجه. وقد كان التقنين المدني السابق يطلق حق الاسترداد في المنقول والعقار، فترتب على ذلك أن تراحم في العقار حق الاسترداد مع حق الشفعة، ولكل من الحقين لإجرائاته الخاصة به. وقد أراد التقنين المدني الجديد تجنب هذا التراحم، فحرم لكل من الحقين نطاقه الخاص. فحق الشفعة، ومصدره التاريخي هو الشريعة الإسلامية، إنما يرد في بيع حصة شائعة في العقار، وقد يرد في غير الشيوع، ومن ثم لا يمكن قصره على الشيوع فوجبت معالجته ضمن أسباب كسب الملكية. أما حق الاسترداد، ومصدره التاريخي هو القانون الفرنسي^(١)، إنما يرد في بيع حصة شائعة في المنقول أو في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار. فهذا الحق هو إذن ملازم للشروع، ولذلك نعالجه في هذا المكان^(٢).

(١) ومع ذلك فقد خالف التقنين المصري التقنين الفرنسي في حق الاسترداد من وجوه مختلفة. منها أن هذا الحق مقصور في فرنسا على الشيوع الوراثي، وهو يائز في مصر أيما كان سبب الشيوع. ثم هو في فرنسا لا يرد إلا في مجموع من المال هو التركة، وفي مصر، إلى جانب المجموع من المال، في المنقول الشائع بذاقته. وفي فرنسا يصح استعمال الحق في أية معاوضة ولو لم تكن بيعاً، أما في مصر فلا يصح استعمال الحق إلا في البيع. وليس لاستعمال الحق في فرنسا مواعيد معينة، أما في مصر فيصحين استعماله في خلال مدة معينة.

انظر في حق الاسترداد في فرنسا: أوبر ورو ١٠ طبعة خامسة تقرة ١٢١ ثالثاً ص ١٢٥ - ص ١٥٠ - بيدان وليباله مكروري للماريت طبعة ثانية سنة ١٩٣٦ تقرة ٨٨٧ وما بعدها - فلاينيول وريير وموري وقيالتون ٤ في الماريت طبعة ثانية سنة ١٩٥٥ تقرة ٥٥١ وما بعدها - فلاينيول وريير وبولانجي ٤ سنة ١٩٥٩ تقرة ٣٨١٦ وما بعدها - بودر وقال في المواريت ٣ طبعة ثالثة تقرة ٢٥٧٥ وما بعدها - أنسيكلوبيد دالوز ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ Succession ص ١٩٦ - ص ٢٠٤.

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد، في غصوص الفصل ما بين نطاق حق الشفعة ونطاق حق الاسترداد، ما يأتي: «تخصر المشروع حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول دون العتار، وجعل الشفعة في العقار منفية عن هذا الحق، حتى لا تتضارب الحقوق في الميدان الواحد» (مقدمة الأعمال للتفسيرية ٦ ص ٩٨).

وبتبيين من النص الذي أسلفناه أن لحق الاسترداد شروطا يجب توافرها ، وله إجراءات خاصة به ، وتترتب عليه آثار معينة .

(١) شروط حق الاسترداد

٥١٦ - نطاق حق الاسترداد : نحدد أولا نطاق حق الاسترداد ، فهنا الانطاق هو الذي يبين على شروطه . وقد قلنا أن حق الاسترداد لا يرد إلا في منقول شائع قائم بذاته ، وإلا في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار .

فالعقار الشائع المعين بالذات لا يكون محلا لحق الاسترداد ، وإنما هو محل لحق الشفعة الذي سننسط أحكامه عند الكلام في أسباب كسب الملكية ، وحق الشفعة هو الذي يرد ، حتى لو كان سبب الشيوع في العقار هو الميراث ، وحتى لو كان العقار هو كل ما تركه المورث . فإذا باع أحد الورثة لأجنبي

= وهناك فروق كثيرة ما بين حق الشفعة وحق الاسترداد ، تبررها الأهمية العملية الواضحة لحق الشفعة وكثرة ممارسة هذا الحق في التعامل ، واختلاف مصدره التاريخي عن المصدر التاريخي الذي لحق الاسترداد . وقد كان واجبا أن يحتفظ التقنين المدني الجديد بحق الشفعة للأسباب المتقدمة ، وأن يحدد فيها بأحكام الشريعة الإسلامية وبما قرره القضاء والفقهاء من مبادئ كثيرة هامة في عهد التقنين المدني السابق . ولم يكن سديدا إخضاع حق الاسترداد لجميع القواعد المعقدة المقررة في حق الشفعة (انظر مع ذلك إسماعيل غانم فقرة ٨٢ ص ١٨٧ - حسن كيرة فقرة ١٢١ ص ٤٠٦ - ص ٤٠٧) مع ندرته في العمل ، لمجرد المثال في الطبيعة ما بين حق الشفعة وحق الاسترداد . كذلك لم يكن سديدا حذف حق الاسترداد في المنقول والمجموع من المال ، فلا يزال هذا الحق مفيدا في هذه الدائرة . فالتقضى الأمر بالجمع بين الحقين ، مع تحديد نطاق كل منهما على الوجه الذي بيناه .

وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة والاسترداد ، وإن كانا متفقين في أن كلا منهما يؤدي إلى نوع من الانتقاص على حرية التمتع وإلى نزوع الملك جبرا على مشيئة صاحبه ، فإنهما مع ذلك حقان متغايران من حيث المصدر والحكمة والسبب والمحل . وذلك بأن الشفعة مصدرها القوانين الإسلامية ، وحكمها دفع ضرر شريك جديد أو جار طارئ ، وسببها الموجب لها هو اتصال ملك الشفيع بالمبيع اتصال شركة أو جوار ، ومحلها أن يكون المبيع عقارا فلا شفعة في منقول . أما الاسترداد فصدره التنازل التام عن حق الملكية ، وحكمه حفظ أسرار التركات وكف الأجانب عن النفاذ إليها وجعل الورقة في مأمن من تدخل يطرأ فيشده عليهم محيطهم المالي ، وسببه الشركة في الإرث ، ومحلها أن يكون المبيع حصة أو جزاء من حصة شائعة في التركة عامة منظورا إليها كوحدة قانونية تنتقل كل ما يقوم بمال من الحقوق والواجبات (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ . مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٢١٥) .

حصته الشائعة في عقار معين بالذات ، ولو كان هذا العقار داخلا في التركة ، بل لو كان هو كل التركة ، فإن أخذ باقي الورثة لهذه الحصصة من الأجنبي إنما يكون عن طريق حق الشفعة لا عن طريق حق الاسترداد (١) .

وقد كان القضاء ، في عهد التقنين المدني السابق ، قد استقر بعد تردد على قصر حق الاسترداد على المجموع من المال (٢) ، دون المنقول المعين بالذات حيث لم يجعل فيه لاسترداداً ولا شفعة ، ودون العقار المعين بالذات حيث جعل فيه حق الشفعة دون حق الاسترداد . أما التقنين المدني الجديد فهو

(١) نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٤ ص ٥٣١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥ - إساعيل غانم فقه ٨٣ ص ١٨٩ - حسن كيرة فقرة ١٢٣ ص ٤١١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٦ .
(٢) كان القضاء في مبدأ الأمر يلحظ إلى جواز استرداد الحصصة الشائعة في مجموع من المال أو في عين معينة يصعب على المشتري تسليها بدون أن يطلع على أسرار التركة (استئناف وطني دوائر شعبة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ الهامة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ - نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٠ ص ٤١٤ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٩ ص ٦٩٨) . ثم عدل من ذلك ، واستقر على قصر حق الاسترداد على الحصصة الشائعة في المجموع من المال ، دون الحصصة الشائعة في عين معينة بالذات ، لأن حلول أجنبي في أحد الشركاء في جزء شائع في مجموع التركة هو وسيله التي قدر فيه الشارع للفرنسي مظنة إذاعة أسرار التركة وإفساد محيطها ، ولهذا نهى ثبت حق الاسترداد في فرنسا ببيع حصصة شائعة في مجموع الملك كله ، لا ببيع حصصة شائعة في عين معينة منه . وإذا كان هذا هو منطوق الاسترداد في فرنسا ، فهو يلائم منطوق مصر ، إذ ليس في نص المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدني (قديم) ما يفيد أن الشارع المصري أراد بوضعها استحداث قاعدة جديدة لها عنده حكمة غير الحكمة التي ألتها المادة ٨٤١ مدني فرنسي على الشارع الفرنسي .. وحيث إن الأصل بمطلق لفظ الحصصة الشائعة الذي ورد في نص المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدني (قديم) ... يؤوله إلى جهة الاسترداد مع جواز الشفعة كلما كان المبيع حصصة شائعة في عقار معين من الملك المشترك ، وهو مالا يمكن أن يكون الشارع المصري قد أراده لأنه لم يفيد حق الاسترداد بمثل ما قيد به حق الشفعة من مواعيد وإجراءات ، فإذا أجاز الاسترداد مع جواز الشفعة لترتب على هذا الجواز الاستثناء بالاسترداد من الشفعة غلصا من قيودها ، وفي ذلك تعطيل للأحكام التي لم تنفع هذه القيود عشا (نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٠ ص ٢٤٨ - ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٠ ص ٣٨٠ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٨ ص ٤٤٧ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧٢ ص ٥٤٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٤ ص ٥٣١ - ١٢ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨٨ ص ١١٩٤ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٦ ص ١٦٢ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥) .

صريح ، كما رأينا ، يرد حق الاسترداد يرد في المجموع من المال وفي المنقول المعين بالذات (م ٨٣٣ مدني) .

ومثل المجموع من المال هو التركة والمتجر . فإذا باع أحد الورثة حصته للشائنة في التركة لأجنبي ، كان لباقي الورثة أخذ هذه الحصّة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد ، حتى لو كانت التركة تشتمل على عقارات كما سبق القول ، ما دامت هذه العقارات مندمجة في هذا المجموع من المال . وإذا باع أحد أصحاب المتجر حصته للشائنة في المتجر لأجنبي ، كان لباقي أصحاب المتجر أخذ هذه الحصّة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد .

كذلك يرد حق الاسترداد ، في التقنين المدني الجديد ، على المنقول الشائع المعين بالذات ، أي غير المنتمج في مجموع من المال ، كالسيارات والخطى والجواهر والأواني وأثاث المنزل^(١)

وإذا تحدد نطاق حق الاسترداد على هذا النحو ، فإن الشروط الواجب توافرها لاستعمال هذا الحق أربعة : (١) أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشيوع . (٢) أن يرد هذا البيع على حصّة شائعة في منقول أو مجموع من المال ، (٣) أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء . (٤) أن يكون المسترد هو أحد الشركاء .

٥١٧ شرط المنقول - صدور بيع من أحد الشركاء في الشيوع :

يجب أن يصدر عقد بيع من أحد الشركاء في الشيوع ، ونص المادة ١/٨٣٣ مدني صريح في هذا المعنى ، فقد رأيناه يتكلم عن الحصّة الشائعة التي يملكها شريك ولا يقوم مقام البيع أي عقد آخر من عقود التصرف ، تبرعا كان أو معاوضة . فإذا وهب الشريك حصته الشائعة أو أوصى بها ، لم يجوز استعمال حق الاسترداد لا في الهبة ولا في الوصية ، ذلك أن الشريك إنما وهب أو أوصى لاعتبارات شخصية يتعارض معها استعمال حق الاسترداد . كذلك إذا قابض الشريك على حصته الشائعة ، أو وفاها مقابلا لدين عليه ، أو قسمها حصّة في شركة ، لم يجوز استعمال حق الاسترداد ، إذ يصعب

(١) ويستثنى أن يكون الشيوع ، في المجموع من المال أو المنقول المعين بالذات ، ناشئا عن الإرث أو عن غيره . أما في فرنسا فلا يرد حق الاسترداد ، كما قدمنا ، إلا في الشيوع العرفي .

حل الشريك المسترد أن يدفع للأجنبي ما أعطاه هذا في مقابل الحصة الشائعة .
 كما في القانون الفرنسي ، فيجوز الاسترداد في جميع عقود المعاوضة ، ولولم
 تكن ييها .

وقد اشترط القانون صراحة أن يكون البيع الصادر من الشريك ييها
 بالممارسة (م ٨٣٣/١ ملغ) ، فالبيع بالمزاد لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد
 كما لا تجوز الشفعة فيما سري ، إذ كان الشريك الذي يريد الاسترداد يستطيع
 أن يدخل في المزاد فلا يمكن الأجنبي من رسو المزاد عليه : فتخلفه عن ذلك
 رضاء ضمني منه بأن يكون الأجنبي شريكا . والبيع بالمزاد الذي يمنع من
 استعمال حق الاسترداد هو الذي يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، كما هو
 الأمر في الشفعة^(١) . فيدخل البيع بالمزاد الاختياري إذ أن الشريك كان يستطيع
 الدخول في المزاد ، ومن ثم لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد ، كما لا يجوز
 استعمال حق الشفعة .

ولا يجوز طلب الاسترداد إلا عند تمام البيع ، أما إذا كان البيع لا يزال
 في مرحلة الإيجاب ولم يتم قبوله ولو كان الإيجاب ملزما ، أو كان من
 باب أولى في مرحلة تسبق مرحلة الإيجاب الملزم ، فإن الاسترداد يكون
 سابقا لأوانه .

وقد أكدت محكمة النقض المبادئ المتضمنة ، إذ قضت بعدم جواز
 الاسترداد في أثناء إجراءات البيع بالمزاد لعدم إمكان القسمة هينا ، ولأن
 المحكمة في تحويل هذا الحق للشركاء هي منع تدخل الأجنبي في الملكية الشائعة ،
 وهذه المحكمة تتوافر بطبيعتها في البيع بالمزاد إذ لم أن يشتركوا فيه ويشترى
 الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبي من التدخل في الشركة . كما أن طلب
 الماطعون عليه قسمة العين المشتركة ويبيها بالمزاد وتحديد ثمن أساسى لهذا البيع
 لا يعتبر عرضا ملزما له بالثمن الذى حدده .. لأن تحديد ثمن البيع عند عدم
 إمكان القسمة هينا إنما هو للمزايدة^(٢)

(١) انظر المادة ١/١٣٩ (أ) ملغ - وانظر إسمايل فام فقرة ٨٣ ص ١٨٩ - عبد الممن
 خرج السنة فقرة ١٤٠ ص ٢١٥ - حسن كيرة فقرة ١٢٤ ص ٤١٣ هامش ٠١ .
 (٢) نقض ملغ ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩ ص ٤٥ .

٥١٨ - الشرط الثاني - ورود البيع على معنة سائمة في متقول

أو مجموع من المال : ويجب ثانياً أن يبيع الشريك حصته السائمة ، كلها أو بعضها ، في متقول أو مجموع من المال . وقد سبق أن المقصود من المتقول والمجموع من المال^(١) . وإذا باع الشريك كل حصته السائمة ، فإن الأجنبي المشتري يحل محله في هذه الحصة شريكاً مع الشركاء الآخرين ، وهذا ما أراد القانون منعه بتقريره حق الاسترداد ، حتى لا يفتحم أجنبي حرم الشركاء . وإذا باع الشريك بعض حصته السائمة ، نصفها أو ربعها مثلاً ، فقد تحققت الحكمة كذلك من تقرير حق الاسترداد ، إذ يدخل الأجنبي المشتري هنا أيضاً شريكاً مع نفس الشريك البائع ومع سائر الشركاء ، فإذا كان الشريك البائع قد ارتضاه شريكاً معه ، فإن الشركاء الآخرين لم يرتضوه .

ولابد أن يكون المبيع حصة سائمة ، أما إذا باع الشريك جزءاً مفزراً ، فإن المشتري لا يدخل شريكاً بمجرد شرائه هذا الجزء المفرز . وسرى أن المادة ٢/٨٢٦ مدني تجعل حقه موقوفاً على نتيجة القسمة ، فإما أن يثبت على الجزء المفرز الذي اشتراه إذا وقع هذا الجزء في نصيب الشريك البائع ، أو ينقل حقه إلى الجزء المفرز الذي قل إلى الشريك البائع بطريق القسمة . فهو في جميع الأحوال لا يحصل إلا على جزء مفرز من البيع بعد قسمته ، فلا يكون إذن شريكاً في الشيوع مع الشركاء الآخرين ، ونعتمد بذلك حكمة حق الاسترداد ، فلا يجوز إذن استعمال هذا الحق .

٥١٩ - الشرط الثالث - صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء :

ويجب ثالثاً أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء ، لأنه لو صدر إلى شريك آخر لما كان في ذلك ما يضر منه باقي الشركاء . فالمشتري شريك معهم ، وهو لا يزال معهم بعد أن اشترى الحصة السائمة ، ولم يستجد على الشركاء أجنبي يتضررون من دخوله بينهم . والأمر في حق الاسترداد من هذه الناحية كالأمر في الشفعة ، فبي الشفعة إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شقيقاً فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته (م ١/٩٣٧-١٠ مدني) ، وفي

الفرض الذى نحن بصدده المشتري شريك أى له حق الاسترداد كمسائر الشركاء . فبفضل عليهم ولا يستطيع شريك آخر أن يسترد منه الحصة الشائعة التى اشتراها .

ويترب على أن الحكمة من حق الاسترداد امتنعاد الأجنبي من الدخول بين الشركاء . أنه إذا اشترى أجنبي الحصة الشائعة أو عدة حصص شائعة ، وجب على الشريك أو الشركاء الذين يتقدمون للاسترداد أن يستردوا الحصة الشائعة كلها أو الحصص الشائعة جميعا . حتى يستقبلوا الأجنبي عن الدخول بين الشركاء . فلا يكفى إذن أن الشريك المسترد أو الشركاء المستردين يستردون من الحصة أو الحصص الشائعة المبيعة بنسبة ما يملكون فى المال الشائع ، وإلا بقي الأجنبي شريكا بما يتبقى له من الحصة أو الحصص الشائعة التى اشتراها . وهذا يتناقض مع الحكمة من حق الاسترداد^(١) .

٥٢٠ - الشرط الرابع - المسترد هو أحد الشركاء : ويجب أخيرا أن يكون المسترد للحصة الشائعة المبيعة هو أحد الشركاء ، وهذا واضح فلأن الشركاء هم الذين يتضررون من دخول أجنبي بينهم ، ولذلك ثبت لهم هم دون غيرهم الحق فى الاسترداد . وكان للرأى السائد فى عهد التقنين المبنى السابق أن الشريك الذى يسترد يجب أن يكون شريكا أصليا أى شريكا منذ بدء الشروع . فإذا خلف هذا الشريك الأصلى خلف عام كوارث أو خلف خاص كمشتري لم يكن لهذا الخلف وهو شريك غير أصلى الحق فى الاسترداد^(٢) . ولكن التقنين المبنى الجديد . لما أطلق لفظ « الشريك » ، لم يميز بين شريك أصلى وشريك غير أصلى ، فيجوز إذن لخلف الشريك الأصلى من وارث

(١) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٨٢ - محمد على حرفة فقرة ٣١٤ - عبد المنعم قليدارى . فقرة ١٤٨ - إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٩٠ - حسن كبرة فقرة ١٢٤ ص ٤١٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ - ص ١٥٨ .

أما إذا كان أجنبيان قد اشترى كل منهما حصة شائعة لأحد الشركاء ، فإنه يجوز لشريك ثالث أن يسترد من أحد الأجنبيين دون الآخر الحصة الشائعة التى اشتراها ، فقد يتضرر من دخول هذا الأجنبي شريكا ولا يتضرر من دخول الآخر .

(٢) استئناف وطنى دوائر مجتمعة ٣٠٠ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المجلة ٢ رقم ٤٠ ص ٧١ - نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عبر ٤ رقم ٢٥٩ ص ٦٩٨ .

أو مشتر أو نحو ذلك أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة مادام شريكا في الشروع وقت البيع . وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولم ير المشروع التميز بين شريك أصلى وشريك عارض » (١) .
وإذا اشترى أجنبي حصة أو حصصا شائعة ، وتقدم لاستردادها عدد من الشركاء ، فإن كل شريك منهم ، عند عدم الاتفاق ، يسترد من الحصة أو الحصص المبيعة بنسبة حصته . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في المادة ٢/٨٣٣ مدنى إذ تقول كما رأينا : « وإذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » .

والشريك وحده هو الذى يسترد ، فهذه رخصة له أو هى حق متعطل بشخصه ، فلا يجوز لدائفيه أن يستعملوا هذا الحق باسمه وأن يستردوا نيابة عنه (٢) .

(ب) إجراءات الاسترداد

٥٢١ - معاد الاسترداد : يجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، ويكون ذلك كما تقول المادة ١/٨٣٣ مدنى فيما رأينا « خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه (علم الشريك المسترد) بالبيع أو من تاريخ إعلانه به » .
والذى يقع عملا هو أن الشريك البائع لحصته الشائعة ، أو من اشترى منه هذه الحصة ، يبادر (٣) إلى إعلان باقى الشركاء بالبيع . ولم يشترط القانون أن يكون هذا الإعلان ر-سميا على يد محضر كما اشترط ذلك فى الشفعة ، ومن

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٩٨ - وانظر محمد على عرفة فقرة ٣١١ - عبد المنعم البدرى فقرة ١٤٤ - إسحاق غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ - حسن كيرة فقرة ١٢٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ .

(٢) للوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ - محمد على عرفة فقرة ٣١١ - عبد المنعم البدرى فقرة ١٤٤ - حسن كيرة فقرة ١٢٥ ص ٤١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ .

ويجب أن يكون الشريك المسترد شريكا فى الملك أو على الأقل فى الرقبة ، أما الشريك فى حق الانتفاع فلا يجوز له الاسترداد لأن النص مقصور على الشيوع فى الملك ، وموضوع استثنائى لا يجوز التوسع فيه (محمد كامل موسى ٢ فقرة ٧٣) .

(٣) ولم يبين القانون معادا للإعلان ، بل ترك ذلك ليقظة صاحب الشأن (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٩٨) .

ثم يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن يكون شفويا ولكن يقع عبء الإثبات على الشريك البائع والمشتري .

ومضى تم الإعلان للشركاء : فعلى الشريك الذى يريد أن يسترد أن يطلب الاسترداد من كل من الشريك البائع والمشتري : وذلك فى خلال ثلاثين يوما من يوم إعلانه بالبيع .

وليس إعلان البيع ضروريا : فقد لا يعلن الشركاء بالبيع ، ومع ذلك إذا ثبت علم شريك فعلا بهذا البيع : فإن هذا الشريك يجب إذا أراد الاسترداد أن يطالب به فى خلال ثلاثين يوما من يوم علمه بالبيع . وعبء إثبات العلم بالبيع يقع على الشريك البائع وعلى المشتري ، والعلم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق .

فإذا انقضى ميعاد الثلاثين يوما محسوبا من يوم الإعلان بالبيع أو من يوم العلم به بحسب الأحوال ، ولم يطلب أى من الشركاء الاسترداد^(١) ، فقد سقط الحق فيه ، وأصبح بيع الحصة الشائعة للأجنبي يعبأ باتا لا يجوز الاسترداد فيه ؛

٥٢٢ — كيف يحصل الاسترداد : كل ما قاله القانون فى هذا الشأن هو أن الاسترداد يتم بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، (م ١/٨٣٣ - ملغى) . فمن يريد من الشركاء استرداد الحصة الشائعة المبيعة ، عليه أن يعلن ، فى خلال ثلاثين يوما من يوم إعلانه بالبيع أو من يوم علمه به ، كلا من البائع والمشتري أنه يسترد الحصة المبيعة . ولم يحدد القانون هنا أيضاً ، كما حدد للشفعة ، شكلا خاصا للإعلان . فيجوز أن يكون الإعلان على يد محضر وهذا هو الأسلم ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول أو غير مصحوب به ، أو بكتاب غير مسجل ، بل قد يكون الإعلان شفويا على أن يكون عبء إثباته على الشريك المسترد .

ويجب على الشريك : وهو يسترد الحصة الشائعة المبيعة ، أن يعرض استعداده ، فى الإعلان الذى يطلب فيه الاسترداد ، لدفع الثمن والفوائد

(١) أو طلب أحد الشركاء الاسترداد بإعلان وجهه فى الميعاد للبائع دون المشتري ، أو للمشتري دون البائع ، إذ أن طلب الاسترداد لا يمتد به إلا إذا وجه فى الميعاد للقانون إلى كل من المشتري والبائع .

والمصروفات . ولكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضاً حقيقياً ، بل ولا أن يودع الثمن خزنة المحكمة كما يجب الإيداع في الشفعة . بل يكفي أن يظهر المسترد استعداده لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع ، أو للمشتري إذا كان هذا قد دفع الثمن للبائع (١) .

فإذا استرد الشريك الحصة الشائعة المباعة على النحو الذي قدمناه ، بأن أعلن كلا من البائع والمشتري باسترداده لهذه الحصة وباستعداده لدفع المقابل ، فإنه لا يبقى بعد ذلك إلا أن يتسلم المسترد الحصة الشائعة وأن يدفع المقابل إما للبائع إذا كان هذا لم يتسلم شيئاً من المشتري ، أو للمشتري نفسه إذا كان قد دفع الثمن للبائع .

وفي رأينا أنه لا حاجة إلى تنظيم دعوى قضائية بشيء من ذلك كما نظمت دعوى الشفعة ، وذلك على أساس أن الاسترداد يكون قد تم فعلاً بمجرد إعلانه لكل من البائع والمشتري على الوجه الذي قدمناه . ونستند في ذلك إلى التفصيل الذي سنورده فيما يلي متعلقاً بتحديد الوقت الذي يتم فيه الاسترداد .

٥٢٣ - متى يتم الاسترداد : في رأينا : كما قدمنا ، أن الاسترداد يتم بمجرد إعلان الشريك المسترد استرداده للحصة الشائعة المباعة لكل من البائع والمشتري . فإذا تم الإعلان لكل من هذين الاثنين : فقد تم الاسترداد ، وأصبح المسترد الكا للحصة الشائعة المباعة ولدينا بالثمن وملحقاته ، مع مراعاة وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار إذا كانت الحصة شائعة في مجموع من المال . ويشمل على عقارات . فإذا امتنع من يجوز الحصة الشائعة ، البائع أو المشتري ،

(١) المذكورة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٩٨ - وقد فسحت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المادة ٤٦٢ ملى (قديم) لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض الثمن علاناً لما هو مقرر في قانون الشفعة ، وهذا يفيد أنه لا يجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة إن الثمن الذى عرضه الطالب هو دون الثمن الذى ثبت لى القضاء أنه الثمن الحقيقى ، إلا إن أعرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتلج فرصة العلم به . فإذا كان ثمن الحصة المباعة بق مختلفاً عليه إلى أن حسمت محكمة الاستئناف هذا الخلاف بمحكمها مثبتة فيه الثمن الحقيقى ، ثم حكمت المحكمة في ذات الوقت برفض طلب الاسترداد لكون الطالب لم يبد استعداده لدفع هذا الثمن ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض ملى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٥ ص ١٥٢) .

من تسليمها إلى المسترد، كان لهذا أن يرفع دعوى يطالب فيها بثبوت الاسترداد والتسليم. وإذا امتنع المسترد من دفع الثمن والملحقات، كان لصاحب الشأن، البائع أو المشتري، أن يرفع دعوى يطالب فيها المسترد بالدفع. وهذا هو السبب، في رأينا، في أن المشرع لم يعن بتنظيم الدعوى القضائية التي تلي الإعلان بالاسترداد إن كان لها مقتضى، كما نظم دعوى الشفعة، إذ ترك الدعوى القضائية في الاسترداد خاضعة للقواعد العامة، بعد أن قرر أن الاسترداد يتم بالإعلان الذي يوجهه المسترد إلى كل من البائع والمشتري. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ ملغى صراحة على ذلك، إذ تقول كما رأينا: «و يتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «فإن أعلن المسترد رغبته في الاسترداد واتفق الجميع، حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما في الشفعة، وعوض المسترد المشتري كل ما أنفق. وإذا لم يتم الاتفاق، تولت المحكمة الفصل في الأمر^(١)». والذي تتولى المحكمة الفصل فيه هو إلزام المسترد بدفع الثمن وملحقاته إذا رفع البائع أو المشتري الدعوى بذلك على المسترد، أو ثبوت حق المسترد في الاسترداد وإلزام البائع أو المشتري بتسليم الحصة الشائعة المبيعة إليه إذا رفع هذا الأخير الدعوى بذلك على البائع أو المشتري. وتسرى القواعد العامة في كل ذلك^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨.

(٢) وقد صرحت محكمة النقض، حتى في ظل التفتين المدل السابق، بتطبيق القواعد العامة في الدعوى بطلب استرداد الحصة المبيعة. ففتت بأن القانون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب استرداد الحصة المبيعة، فيبين أن تطبيق في هذا الصدد القواعد العامة. ولكن لما كان هذا الاسترداد نوعاً من الشفعة، كانت الدعوى به خاصة لما تقتضيه هذه النوعية من القواعد الموضوعية لدعوى الشفعة. أما ما جاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية، فإنه - إذا كان وارداً على خلاف أحكام القانون العام ومن ثم لا يصح القياس عليه - لا يطبق على دعوى الاسترداد. وإذا كان في الاسترداد، كما في الشفعة، محل المسترد بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع ما كان له من الحقوق وما عليه من الواجبات، ويعتبر المبيع كأنه يبيع مباشرة من البائع للمشتري، فإنه يكون من اللازم إدخال البائع في دعوى الاسترداد (لم يرد في التفتين السابق كما ورد في التفتين الجديد وجوب إدخال البائع والمشتري) كما يلزم في دعوى الشفعة. أما الحكم الخاص بوجوب إعلان المشتري والبائع في المهاد للمدين لاستئناف دعوى الشفعة، فلا يسرى لأنه =

ولكن يلاحظ أن الاسترداد الذي تم على هذا الوجه استرداد معلق على شرط واقف ، هو دفع المسترد الثمن وملحقاته . فإن هو امتنع عن ذلك ، في الميعاد الذي تحدده المحكمة إذا طلب إليها تحديد ميعاد ، جاز لأي من البائع أو المشتري أن يرفع دعوى على المسترد باعتبار الاسترداد كأن لم يكن لتخلف الشرط الواقف . ويؤيد ذلك العبارة الأخيرة التي وردت في الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ مدني ، فهي تجري كما رأينا على الوجه الآتي : « ويجعل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ، إذا هو عوضه عن كل ما أنفق » . فحل محل المسترد محل المشتري في جميع الحقوق والتزامات — وهذا هو عين الاسترداد — مشروط إذن بدفع المسترد الثمن وملحقاته ، وهذا هو المستفاد يوضح من عبارة « إذا هو عوضه عن كل ما أنفق » .

ونحن فيما قدمناه قد التزمنا نص التقنين المدني الجديد ، ولم يورد هذا التقنين شيئاً عن دعوى الاسترداد يقابل النصوص التي أوردناها في دعوى الشفعة . وقد أثارنا دعوى الشفعة كثيراً من النقاش سنعرض له في موضعه ، وقد كفانا التقنين المدني الجديد مؤونة ذلك فيما يتعلق بحق الاسترداد ، فلزم أن نخضع لأي دعوى تتعلق بهذا الحق للقواعد العامة (١) .

— حكم استئنافي ، بل التي يسرى هنا هو حكم القانون العام (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ موعة المكتب القني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٢١٥) .

(١) ومع ذلك يبدو أن اتجاه الفقه المصري هو في جعل دعوى الاسترداد بمثابة الدعوى الشفعة ، من حيث إن كلا من الاسترداد والشفقة إذا لم يتم رضاه وجب أن يتم قضاءه ، فالحكم بالاسترداد يذهب على ما يظهر منشأ خلق الاسترداد (أنظر عبد المنعم البدر في ١٤٧ - عبد الفتاح عبد الباقي لفرقة ١٤٤ ص ٢١٦ - محمد علي حرقه لفرقة ٣١٥ ص ٤٢١ - إسحاق غانم لفرقة ٨٤ ص ١٩١ - حسن بكرة لفرقة ١٢٦ ص ٤١٩ - محمد حامد فهمي في تعليقه في موعة ٤ ص ٢٣ - ص ٢٤ هامش ١) .

وإذا سلمنا أن دعوى الاسترداد بمثابة الدعوى الشفعة من هذا الوجه ، فلا بد من إثبات أن القانون لم يحدد لدعوى الاسترداد مواعيد كحد لدعوى الشفعة ، فيبيح رفضها إذن في أي وقت قبل تمام قصة الشيء الشائع ، بشرط توجيه الإعلان بالاسترداد إلى كل من البائع والمشتري في ميعاد الثلاثين يوماً المحدد في المادة ٨٣٣/١ مدني . ومع ذلك ذهبت محكمة التمييز إلى اعتبار ميعاد الثلاثين يوماً المحدد للإعلان بالاسترداد ميعاداً أيضاً لرفع دعوى الاسترداد (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ موعة أحكام القضاة ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥ : أنظر في نقد المنه إسحاق غانم لفرقة ٨٤ ص ١٩١) —

ويجب في الدعوى التي يرفعها المسترد بثبوت حقه في الاسترداد اختصاص البائع والمشتري معاً في جميع مراحلها حتى مرحلة الطعن بالنقض. ذلك أن الأثر الذي يترتب على الاسترداد ، كما سنرى ، هو حلول المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع . فالخصوم في الدعوى هم إذن من جهة المسترد الذي يطالب بثبوت حقه في الاسترداد ، ومن جهة أخرى المشتري الذي يطلب المسترد أن يحل محله والبائع الذي يطلب المسترد أن يحل هو محل المشتري قبله^(١).

(ح) الآثار التي تترتب على الاسترداد

٥٢٤ - تكييف المسترد : ليس الاسترداد بإعادة بيع من المشتري إلى المسترد ، فيكون البائع باع حصته الشائعة إلى المشتري ، ثم باعها المشتري إلى المسترد ، كما ذهب بعض الفقهاء^(٢). فإن هذا الرأي يتعارض مع الرأي الغالب في الفقه الفرنسي ، ويتعارض مع صريح النص في التقنين المدني المصري فإن المادة ١/٨٣٣ من هذا التقنين تقول كما رأينا : « ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » . فالاسترداد إذن هو إحلال المسترد محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع الشريك البائع ، فهو حلول شخصي بموجبه أخذ المسترد مكان المشتري وأصبح هو المشتري مباشرة من البائع ، وأصبحت له جميع حقوق المشتري وعليه جميع التزاماته ، وذلك لا من وقت الاسترداد فحسب ، بل يفسح هذا الحلول بأثر رجعي إلى وقت البيع

صحيح المنع البدرأوى فقرة ١٤٧ ص ١٧٦ . حسن كيرة فقرة ١٢٦ ص ٤١٩ هامش ٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٨ هامش ١ . وانظر في تأييده عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤١ ص ٢١٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المنع بأن دعوى استرداد الحصة المية لأجنبي على المبرور هي دعوى بتحويل الحقوق والتزامات فيما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والمسترد ، فتؤول صلة البائع بالمشتري وتحل عليها صلة البائع بالمسترد . ويعتبر البيع كأنه بيع مباشرة إلى المسترد ، ومن ثم تكون هذه الدعوى غير قابلة للتجزئة ، ويجب اختصاص البائع والمشتري فيها في كافة مراحل التقاضي ، بما فيها مرحلة الطعن بالنقض (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ ص ٢٢١) .

(٢) انظر بودري وفال في المواريث ٣ فقرة ٢٦٧٤ - قال في تعليقه في سيريه ٩٣-١٧-١٧

الصادر من الشريك البائع إلى المشتري . فيكون الاسترداد أثر رجعي ، ويعتبر بيع الحصة الشائعة كأنه صدر ابتداء إلى المسترد ، ويخفى شخص المشتري ، ولا يبقى إلا البائع والمسترد ، وكأن البائع كما قدمنا قد باع حصته الشائعة للمسترد منذ البداية^(١) .

وهذا التكييف ، الذي ينص عليه صراحة التقنين المنف المصري (م ١/٨٣٣) كما سبق القول ، يقتضينا أن نبحت ، بعد أن يتم الاسترداد ، علاقة المسترد بالمشتري ، ثم علاقة المسترد بالبائع ، ثم علاقة المشتري بالبائع .

٥٢٥ - عمدة المسترد بالمشتري : محل المسترد محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع البائع ، ويكون هذا الحلول بأثر رجعي كما قدمنا . فيعتبر المسترد هو المشتري مباشرة من البائع ، ويحل محل المشتري لا من وقت الاسترداد فحسب بل من وقت البيع ، وكأن المسترد هو الذي اشترى الحصة الشائعة من الشريك البائع منذ البداية . وعلى ذلك تنفي رابطة الاستخلاف بين المسترد والمشتري ، وتقوم هذه الرابطة بين المسترد والبائع . وترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ - أي تصرف يكون قد أجراه المشتري في الحصة الشائعة المبيعة يسقط

(١) وقد رأينا محكمة النقض تقضى بأن دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبي على الشيوع هي دعوى بتحويل الحقوق من الالتزامات فيسأ بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والمسترد ، فتزول صلة البائع بالمشتري وتحل محلها صلة البائع بالمسترد ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى المسترد (نقض ملغى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ من ٢٢١ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

وانظر في أن للاسترداد أثراً رجعياً : أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثاً من ١٤٨ - بيدان وليبال ٥ مكررة فقرة ٨٩٤ - بلانويول وديبير وموري وفيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ - ديبر وبولانجي ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨٣٤ - أنسيكلوبيدى دالغوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٠ - فقرة ١٣٢٥ - محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩٠ - عبد المنعم البراوي فقرة ١٤٩ من ١٧٨ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ من ١٩٣ - عبد المنعم فرج الصلحة فقرة ١٣٦ من ١٨٣ - وانظر في نقد فكرة الأثر الرجعي وعدم ضرورتها وإمكان الاستثناء عنها بفكرة انتفاء الرابطة الاستخلافية بين المسترد والمشتري حسن كيرة فقرة ١٢٧ من ٤٢٥ هامش ٣ و ٤ . ويلاحظ أن انتفاء الرابطة الاستخلافية بين المسترد والمشتري معناه أن المسترد قد حل محل المشتري وأصبح خلفاً للبائع لا المشتري . ولا يتأتى هذا إلا إذا قلنا إن المسترد قد حل محلاً رجعياً محل المشتري . فالأثر الرجعي هو نفسه الذي ينفى فكرة الاستخلاف بين المسترد والمشتري .

ولا يحتاج به على المسترد ، فتحصل للمسترد الحصة المبيعة خالصة من أى حق رتبة عليها المشتري. فإذا كان المشتري قد رهن الحصة الشائعة مثلاً قبل الاسترداد أو رتب عليها حق انتفاع ، فبالاسترداد توّول الحصة الشائعة للمسترد خالصة من حق الرهن أو حق الانتفاع^(١).

٢ - ومادام المسترد يعتبر كأنه اشترى مباشرة من البائع ، فالمشتري لا يلتزم له بضمان الاستحقاق والذي يلتزم بهذا الضمان هو البائع. فإذا استحققت الحصة الشائعة ، رجع المسترد على البائع بالضمان. وإذا كان المسترد مهدداً بالاستحقاق ، فليس له أن يتمتع لهذا السبب عن الوفاء المشتري بالثمن وملحقاته ، لأن المشتري ليس هو الملزم بالضمان. وعلى العكس من ذلك للمسترد أن يتمتع لهذا السبب عن الوفاء للبائع بالثمن إذا كان هذا الأخير لم يستوف الثمن من المشتري ، وذلك لأن البائع هو الملزم بالضمان كما قدمنا^(٢).

٣ - الأصل أن المسترد يلتزم بدفع الثمن إلى البائع ، مادام المسترد معتبراً أنه اشترى مباشرة من هذا الأخير ، وإذا كان الثمن موجلاً أو مقسطاً انتفع المسترد بالتأجيل أو بالتقسيط وذلك على خلاف حكم الشفعة لورود نص خاص فيها. ولكن إذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى البائع قبل الاسترداد ، فعلى المسترد أن يرده إلى المشتري مع فوائده من يوم دفعه قياساً على استرداد الحق المتنازع فيه (م ١/٤٦٩ ملغى)^(٣). وإلى جانب ذلك يلتزم المسترد بأن

(١) أوبري ورو ١٠ ققرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٨ - بيدان وليبال ه مكرر ققرة ٨٩٤ - فلايول وديبير وموري وفياتون ٤ ققرة ٥٦٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ Succession ققرة ١٣٢٣ - عبد المنعم البدرأوى ققرة ١٤٩ ص ١٧٩ - إسماعيل غانم ققرة ٨٥ ص ١٩٣ - حسن كيرة ققرة ١٢٧ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج للصدة ققرة ١٣٦ ص ١٨٣.

(٢) أوبري ورو ١٠ ققرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٩ وعامش ٦٧ مكرر. بيدان وليبال ه مكرر ققرة ٨٩٤ - فلايول وديبير وموري وفياتون ٤ ققرة ٥٦٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ Succession ققرة ١٣٢١ - محمد كامل مرسى ٢ ققرة ٩٠ - محمد علاء ققرة ٣١٥ - عبد المنعم البدرأوى ققرة ١٤٩ ص ١٧٩ - إسماعيل غانم ققرة ٨٥ ص ١٩٤ - حسن كيرة ققرة ١٢٧ ص ٤٢٨ - عبد المنعم فرج للصدة ققرة ١٣٦ ص ١٨٣.

(٣) أوبري ورو ١٠ ققرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٦ وعامش ٥٧ - بيدان وليبال ه مكرر ققرة ٨٩٤ - فلايول وديبير وموري وفياتون ٤ ققرة ٥٥٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ Succession ققرة ١٣٢٦ - إسماعيل غانم ققرة ٨٥ ص ١٩٢ - حسن كيرة ققرة ١٢٧ ص ٤٢٦ - عبد المنعم فرج للصدة ققرة ١٣٦ ص ١٨٢.

يُدفع إلى المشتري ما تحمله من نفقات، كرسوم التسجيل والسمسة ومصروفات الحفظ والصيانة ومساثر مصروفات الإدارة. وفي مقابل كل ذلك يلتزم المشتري بأن يرد إلى المسترد الثمار التي حصل عليها من يوم البيع إلى يوم الاسترداد (١).

٥٢٦ - عرق المسترد بالبائع : قلنا أن المسترد يحل محل المشتري قبل البائع، فيصبح هو المدين بالتزامات المشتري نحو البائع وهو الدائن له بحقوق المشتري. وقد رأينا أن المادة ١/٨٣٣ مدني تقول: « ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ». ويترتب على ذلك التزجتان الآتيتان: ١ - إذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع، فإن الملتزم بوفائه نحو البائع هو المسترد، وقد سبق الإشارة إلى ذلك. وقلنا أيضاً أن المسترد يحل محل المشتري في نفس العقد وشروطه ذاتها، فإذا كان هناك أجل لدفع الثمن أفاد منه المسترد، وإذا كان الثمن مقسطاً دفعه المسترد بالتقسيط. وذلك على خلاف الشفعة حيث لا يفيد الشفع لا من التأجيل ولا من التقسيط بل يجب عليه تعجيل الثمن (٢). ويلاحظ أن الثمن إذا كان مؤجلاً أو مقسطاً، وأراد المسترد أن يفيد من التأجيل أو التقسيط، جاز للبائع أن يلزمه بتقديم تأمين كاف (٣). ولا يلتزم المسترد نحو البائع إلا بدفع الثمن الحقيقي، فإذا ثبت أن الثمن المذكور في عقد بيع الحصة الشائعة هو أكبر من الثمن الحقيقي فليس عليه أن يدفع إلا الثمن الحقيقي، وله أن يثبت صورية الثمن بجميع طرق الإثبات (٤).

(١) أوبري ورو ١٠ ققرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٦ وخامس ٥٧ - بلانيول وريبير وموري وفياتون ٤ ققرة ٥٥٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ Succession ققرة ١٣٢٨ - إسماعيل غانم ققرة ٨٥ ص ١٩٣ - حسن كيرة ققرة ١٢٧ ص ٤٢٨ - عبد المنعم فرج الصدة ققرة ١٣٦ ص ١٨٢.

(٢) أوبري ورو ١٠ ققرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٩ - ١٥٠ - بلانيول وريبير وموري وفياتون ٤ ققرة ٥٥٩ - محمد كامل مرسى ٢ ققرة ٩١ - محمد درة ققرة ١٣٥ - عبد المنعم البدر اوى ققرة ١٤٩ - إسماعيل غانم ققرة ٨٥ ص ١٩٣.

(٣) أوبري ورو ١٠ ققرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٩ - ١٥٠ - بلانيول وريبير وموري وفياتون ٤ ققرة ٥٥٩.

(٤) أوبري ورو ١٠ ققرة ٦٢١ ثالثاً ص ١٤٤ وخامس ٥ - زيدان وليال ٤ ققرة ٨٩٣ - بلانيول وريبير وموري وفياتون ٤ ققرة ٥٥٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ Succession ققرة ١٣٢٨ - محمد كامل مرسى ٢ ققرة ٨٧ - عبد المنعم البدر اوى ققرة ١٤٩ - إسماعيل غانم ققرة ٨٥ ص ١٩٣ - حسن كيرة ققرة ١٢٧ ص ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة ققرة ١٣٦.

٢ - ويلتزم البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد ، فتنتقل هذه الملكية مباشرة إلى المسترد ، وتنتقل الملكية إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع لا من وقت الاسترداد ، في الحصة الشائعة في المنقول المعين بالذات . أما إذا كان المبيع حصة شائعة في مجموع من المال يشتمل على عقار ، فلا بد لاتصال الملكية في هذا العقار من التسجيل ، فإن كان المشتري قد سبق له أن سجل عقد البيع ، فيكفي أن يؤشر المسترد على هامش هذا التسجيل بالاسترداد . أما إذا كان المشتري لم يسبق له التسجيل ، فعلى المسترد أن يقوم بتسجيل الاسترداد حتى تنتقل إليه الملكية^(١) . ومادامت الملكية تنتقل مباشرة من البائع إلى المسترد ، فالبايع هو الملتزم بضمان الاستحقاق ، وقد سبق بيان ذلك^(٢) .

٥٢٧ - عرق البائع بالمشتري : قدمنا أن المسترد يعمل على المشتري في جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع ، ويعتبر البيع قد وقع مباشرة للمسترد وعلى ذلك تزول العلاقة التي كانت قائمة بين البائع والمشتري قبل الاسترداد ، ويكون زوالها بأثر رجعي فتعتبر كأن لم تكن ، وينبني على ذلك ما يأتي :

١ - زوال الحقوق التي كانت للمشتري قبل البائع ، إذ أن هذه الحقوق قد أصبحت بالاسترداد للمسترد دون المشتري . فلا يجوز للمشتري ، بعد الاسترداد ، أن يطالب البائع بأي حق من هذه الحقوق ، لا بنقل الملكية.

(١) محمد علي عرفة فقرة ٣١٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٩ - إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ - حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٥ - ص ٤٣٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ . وإذا سجل المسترد صحيفة دعوى الاسترداد ، فإن الحكم بالاسترداد يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية من المشتري بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، سواء كان هؤلاء سبق أنبية أو حصة أو لا يكون الحكم بالاسترداد حجة على الغير إذا كسب حقه بحسن نية قبل هذا التسجيل . وذلك عن طريق قياس دعوى الاسترداد على دعوى إبطال التصرف أو قسمته أو إلغائه أو الرجوع فيه ، فيما يتعلق بمقاييس الشهر العقاري (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ وهاش ١ - وقادر حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٣ هاش ١) .

وإذا تعاقبت البيوع ، حصل الاسترداد من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها إذا تم البيع الثاني قبل إعلان المسترد برغبته في الاسترداد ، وذلك قياساً على أحكام الشفعة (٩٣٨م) (انظر حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٣ هاش ١) .

(٢) انظر آتفا فقرة ٥٢٥ .

الحصة الشائعة المبيعة ، ولا بضمان الاستحقاق . والذي يطالب بذلك هو المسترد كما سبق القول .

٢- زوال الالتزامات التي كانت في ذمة المشتري للبائع إذ أن هذه الالتزامات قد أصبحت بالاسترداد التزامات في ذمة المسترد كما قلنا . ومن ثم لا يجوز للبائع ، بعد الاسترداد ، أن يطالب المشتري بالتأمين إذا لم يكن قد استوفاه منه قبل الاسترداد . والذي يطالبه البائع بالتأمين هو المسترد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣- رجوع العلاقة ما بين البائع والمشتري إلى ما كانت عليه قبل البيع ، فإذا كان البيع قد ترتب عليه أن وقعت مقاصة ما بين البائع والمشتري بشأن الثمن ، أو انحلت ذمة البائع والمشتري ، فإن كل هذا يزول بالاسترداد ، ويرجع الحق الذي كان للمشتري في ذمة البائع وسقط بالمقاصة إلى ما كان عليه ، كما يزول اتحاد الذمة (١) .

المطلب الثاني

تصرف الشريك في شيء مفروز

١٥ - تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع

٥٢٨ - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدني على ما يأتي :

« وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفروز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان مجهول أن التصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفروزة ، الحق في إبطال التصرف » (٢) .

(١) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ - ص ١٤٩ - پلانيول وريبير وموري وفيلانز ٤ فقرة ٥٦٢ - بيدان وليبال ٥ مكرور فقرة ٨٩٤ - پلانيول وريبير وبولانچيه ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨٢٤ - أنسيكلوبيدي دالموز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٥ - حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ١٣٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣/١١٩٤ من المشروع النهائي على الوجه -

ولا مقابل النص في التقنين المدني السابق^(١).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٢/٧٨١ - وفي التقنين المدني الليبي م ٢/٨٣٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ٢/١٠٦٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٠٢.

الآن : « إذا كان التصرف متصبا على جزء من المال الشائع ، فلا يكون التصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك الذي صدر منه التصرف » . وفي لجنة المراجعة عدله النص بما يجعل حكمه متفقاً مع حكم الرهن في المال الشائع من جهة ومع حكم بيع ملك الغير من جهة أخرى ، أي جعل حق المشتري يرد على العين المفروزة التي يختص بها البائع عند القسمة ، سواء كانت العين المبيعة أو غيرها . وجعل للمشتري الحق في إبطال البيع في حالة ما إذا كانت العين المفروزة هي غير العين المبيعة . وصار رقم النص ٢/٨٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه لس التواب تحت رقم ٢/٨٩٥ بعد استبدال لفظ « التصرف » بلفظ « البيع » ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ثم وافق عليه لس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٢٦ (موعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ٨٠ - ص ٨٣) .

(١) وفي عهد التقنين المدني السابق ، كان تصرف الشريك في جزء من المال الشائع يعتبر تصرفاً موقوفاً على نتيجة القسمة . فإذا وقع الجزء المفروز في نصيب الشريك المتصرف أصبح تصرفه باطلاً ، أما إذا لم يقع فإنه يثبت أن التصرف في الجزء المفروز قد صدر من غير مالك ليجوز للمتصرف إليه طلب إبطاله . ولا ينتقل التصرف ، كما ينتقل في التقنين المدني الجديد ، إلى الجزء المفروز الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف . انظر نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٥ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٥ موعة المكاتب القني في خة وعشرين عاماً جزء أول ص ٣٧٥ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ موعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٠٧ ص ٧٦٠ - استئناف أسبوط ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٧ بمجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٣ ص ٧٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٧٨١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٨٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢/١٠٦٢ : وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع ،

فلا يكون التصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك . (ويتختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أنه إذا لم يقع الجزء المفروز في نصيب الشريك المتصرف عند القسمة ، لم يكن التصرف أثر في التقنين العراقي ، ولم ينتقل إلى الجزء المفروز الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٠ : لا يجوز لأ شريك كان في عقار شائع أن يستعمل

حقه على كل العقار أو على جزء معين منه بدون رضاه سائر الشركاء الباقين . (والظاهر أن حكم التصرف في الجزء المفروز من المال الشائع ، في القانون اللبناني ، لا يكون صحيحاً إلا بموافقة جميع الشركاء) .

ويحسن ، قبل بحث هذه المسألة (١) ، أن نضعها وضعاً عملياً مبسطاً . فنفرض أن هناك أرضاً شائعة بين شريكين لكل منهما النصف في الشيوع ، وأن أحد الشريكين حدد جزءاً مفزراً من هذه الأرض بمقدار النصف وباعه مفزراً ، متوقفاً أن هذا الجزء المفز الذي باعه هو الذي سيقع في نصيبه عند القسمة . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المشتري للجزء المفز قد اعتقد أن الشريك البائع يملك هذا الجزء مفزراً لا شائعاً ، ولذلك أقدم على الشراء مطمئناً إلى أن ملكية هذا الجزء ستخلص له .

(الفرض الثاني) أن يكون هذا المشتري عالماً بأن الشريك البائع لا يزال في حالة الشيوع ، وأن الجزء المفز الذي باعه هذا الشريك لا يزال شائعاً بينه وبين الشريك الآخر .

٥٢٩ - الفرض الأول - المشتري يعتقد أنه البائع يملك المبيع مفزراً :
هنا يبين أن المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع ، إذ اعتقد أن المبيع يملكه البائع مفزراً لا شائعاً . ومن ثم يكون البيع قابلاً للإبطال للغلط ، ويجوز للمشتري طلب إبطاله وفقاً للقواعد العامة إذا تقدم بالطالب قبل القسمة ، ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها (٢) . ويستطيع المشتري في هذه الحالة أن يميز العقد ، فيصبح البيع صحيحاً غير قابل للإبطال ،

(١) انظر في هذا البحث حسن كيرة في تصرف الشريك في جزء مفز من المال الشائع ، فصله من مجلة كلية الحقوق المدينين الثالث والرابع لعام سنة ١٩٦٢ - سنة ١٩٦٣ . وسنرمز لهذا البحث ، عند الإشارة إليه ، بالعبارة الآتية : حسن كيرة - فصله من مجلة كلية الحقوق .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الشراح والمحاكم اعتطلوا رأياً في حكم المبيع المفز من مال على الشيوع ، وتى المحكمة الأخذ بالرأى القائل بإعلان البيع طالماً ما ثبت أن المشتري كان عالماً بحالة الشيوع . ذلك لأن المفروض فيمن يشتري شيئاً لمدة أن ينتفع بها فوراً بغير منازع ، فيجعل البيع موقفاً على نتيجة القسمة فيه تطبيقاً للملكية على أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها ويستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة ، وليس من العدل تحميل المشتري بها (استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٦٧) . وانظر أيضاً : استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١ - بنى سوف ٢٢ مايو سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٣ رقم ٢٩٤ ص ٥٧١ .

ويكون حكمه حكم البيع الذى صدر لمشتري غير واقع فى الغلط أى مشتري يعلم أن الجزء المقرض الذى اشتراه مملوك للبائع على الشروع ، ومنهين هذا الحكم فيما يلى .

أما بعد القسمة ، أى بعد أن يقسم الشريك البائع الأرض الشائعة بينه وبين شريكه الآخر ، فلا تخلو الحال من أحد أمرين :

أولاً - يقع الجزء المقرض المبيع فى نصيب الشريك البائع ، على ما توقع . وعند ذلك تخلص ملكية هذا الجزء للمشتري بعد التسجيل ، ولا يعود يستطيع إبطال العقد لغلط حتى لو كان لم يجزه . ذلك أن البائع يكون قد نفذ العقد على الوجه الذى قصد إليه المشتري ، وتنص المادة ١٢٤ مدنى على أنه ١ - ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد (١) .

ثانياً - لا يقع الجزء المقرض المبيع فى نصيب الشريك البائع ، خلافا لما توقع . وعند ذلك يبقى البيع على حاله قابلاً للإبطال ، إذا كان المشتري لم يجزه من قبل . ويستطيع المشتري فى هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط وفقاً للقواعد العامة ، إذ أراد أن تخلص له ملكية جزء مقرض بالذات فلم تخلص له هذه الملكية . وهذا ما قصدت إليه العبارة الأخيرة من المادة ٢/٨٢٦ مدنى ، فقد قالت كما رأينا : « والمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف » . ويلاحظ أنه يجوز للمشتري ، حتى فى هذه المرحلة ، أن يجيز البيع فينزل عن حقه فى طلب إبطاله للغلط . وعند ذلك ينقلب البيع صحيحاً ملزماً لكل من البائع والمشتري . ويتحول التصرف من الجزء المقرض الذى وقع عليه البيع إلى الجزء المقرض الذى وقع بالفعل فى نصيب البائع ، فتنقل إلى المشتري ملكية هذا الجزء الأخير بعد التسجيل (٢) .

(١) إسماعيل غانم ققرة ٧٧ ص ١٦٨ - منصور مصطفى منصور ققرة ٦٩ ص ١٧١ - ص ١٧٢ .

(٢) حسن كيرة ققرة ١١٨ .

هذا ولما كان المفروض أن المشتري قد اشترى أرضاً مفرزة من شريك لا يملك إلا -

وما قلناه في البيع يقال في كل تصرف آخر غير ناقل للملكية ، فنحن
المادة ٢/٨٢٦ مدني عام يشمل كل تصرف .

٥٣٠ - الفرع الثاني - المشتري يعلم أنه البائع ولا يملك المبيع إلا

شائما : هنا لا يكون المشتري واقعا في غلط ، فهو يعلم عندما اشترى أن الجزء
المفروز الذي اشتراه لا يملكه بانه مفزاً وإنما يملكه شائما مع شريكه الآخر .
والمشتري قد توقع ، كما توقع البائع ، أن هذا الجزء المفروز مبيع في نصيب
البائع عند القسمة ، فتخلص للمشتري ملكيته بفضل الأثر الكاشف للقسمة .
ويجب لمعرفة حكم هذا البيع - وكل تصرف آخر ناقل للملكية غير البيع لأن

حق الشيوخ ، فإنه يكون ، فيما يتعلق بالسبب الصحيح ، قد اشترى من شخص لا يملك إلا حصة
شائما ، فيعتبر في حكم المشتري من غير مالك بالنسبة إلى الملك بالتقادم القصير . ولما كان حسن
الثبة ، فإنه إذا حاز الأرض المفضلة التي اشتراها مدة خمس سنوات ، فإنه يتملكها بهذا التقادم .
وعل هذا المبدأ استقر قضاء محكمة النقض ، فقد قضت هذه المحكمة ، بأنه إذا كان المشتري حسن الثبة
يمتد أن الشريك البائع يملك وحده المبيع دون شريك ، فإن البيع الصادر إليه يعتبر سببا صحيحا ،
فلذا حاز المبيع خمس سنوات ملكه بالتقادم القصير ، حتى فيما يتعلق بمخصص الشركاء الآخرين ،
ولم يمد له لاه الحق في استرداد حصصهم من تحت يده (نقض مدني ٢٣ أ ب دل سنة ١٩٤٢ موعة
م ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣) . وقضت أيضاً بأنه لما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه إذا باع
لشريك المشتاع جزءاً مفزاً محدوداً ، فإن يومه يصلح أن يكون سببا صحيحا يملك به المشتري
ما يبيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر حسن الثبة . ذلك أن هذا البيع ينقل الملك بطبيعته
ولذا ، وبصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله أو بعضه (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة
١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٢ ص ٦٥٥ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ .
مجموعة م ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ موعة المكتب القني في خمسة وعشرين
حاما جزء أول ص ٤٧٣) . وانظر في هذا المعنى البسيط ، فقرة ١٧٠ ص ٣٠٥ هامش ١ -
أنور سلطان في البيع فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ هامش ١ - سليمان - قس وعبد على إمام في البيع
فقرة ٢٨٨ ص ٤٧٣ - عبد المنعم البدراوي فقرة ١٣٣ ص ١٦٤ - إسماعيل غانم فقرة ٧٦
ص ١٦٧ . وانظر عكس ذلك وأن البيع لا يعتبر في هذه الحالة سببا صحيحا ، محمد على فقرة ٢
فقرة ١٣٤ ص ٢٤١ - ٢٤٢ - حسن كيرة فقرة ١١٨ ص ٣٨٨ - ص ٣٩١ - وفصلة
من لة كلية الحقوق ص ٣١ - ص ٣٤ .

وإذا حاز المشتري جزءاً مفزاً في متقول شائع ، وكان هذا الجزء المفروز قد نبيع له من أحد
الشركاء في الشيوخ دون الشركاء الآخرين ، فإن المشتري إذا كان حسن الثبة يملك الجزء المفروز
الذي سازه ، لا بموجب عقد البيع ، بل بموجب الحياة ، إذ الحياة في المتقول سنة الملكية
(إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٦) .

النص عام يشمل التصرفات جميعها - التمييز بين حكم التصرف قبل أن تتم القسمة وحكمه بعد أن تتم .

٥٣١ - حكم التصرف قبل أنه تتم القسمة : لم تبين المادة ٢/٨٢٦

مدنى حكم التصرف قبل أن تتم القسمة ، واقتصرت على أن تبين هذا الحكم بعد أن تتم القسمة ، فوجب إذن أن تطبق القواعد العامة فيما يتعلق بحكم التصرف قبل أن تتم القسمة . وقد سبق أن قلنا بياناً لهذا الحكم ، عند الكلام في البيع ، ما يأتي : « إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك . ما يملك هو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء » (١) . ونضيف هنا أن البيع يعتبر صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز المبيع ، ولكنه غير نافذ في حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز . ولا يستطيع المشتري إبطال البيع ، لا بالنسبة إلى حصة البائع الشائعة في الجزء المفرز المبيع لأن الشريك البائع قد باع ما يملك ولأن المشتري ليس واقعاً في غلط ، ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفرز المبيع يدحوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير (٢) . وقد سبق أن قلنا في تحليل هذا الشق الأخير ما يأتي : « وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيبه الشريك البائع عند القسمة ، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا إلى أن المشتري ، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذي يبيعه ، يكون قد ارتضى شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة » (٣) . وهذا

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ ص ٣٠٠ .

(٢) وقد نقضت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكا على الشيوع ، أن يبيع ملكه مبدداً مفرزاً ، وحالة التحديد هذه وإن ظلت موقفقة أو مطلقة على نتيجة القسمة ، إلا أن ذلك كله لا يبطّل عقد البيع (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ جمعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٨) .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ ص ٣٠١ هامش ٢ . وانظر شفيق شماعة فقرة ١٤١ - وجه المنتم البدروى فقرة ١٣٢ ص ١٦٢ - شمس الكيل في التأمينات طبع ثانية ص ١١٢ -

هو معنى أن البيع يعتبر صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المقرز المبيع. أما معنى أن البيع يكون غير نافذ في حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته في الشيوع في هذا الجزء المقرز فيظهر في أن هذا الشريك الآخر ، إذا أنكر عليه المشتري حقه في حصته الشائعة في الجزء المقرز المبيع ، يجوز له أن يرفع دعوى استحقاق على كل من المشتري والشريك البائع بطالب فيها بأستحقاقه لهذه الحصّة الشائعة^(١) . ولكن الشريك الآخر لا يستطيع أن يطالب بأستحقاق أية قطعة مفردة في الجزء المقرز المبيع ، لأنه لا يملك في هذا الجزء المقرز إلا حصّة شائعة^(٢) .

— وص ٤٦١ — إسحاق غانم فقرة ٧٧ ص ١٦٩ (وقارن ص ١٧٣ هامش ٢) — حسن كيرة فقرة ١١٨ (وقارن ص ٣٧٦ هامش ١) . وانظر عكس ذلك وأن للمشتري طلب الإبطال قبل للقصة على اعتبار أن البيع هو بيع ملك الغير فيما يتعلق بمخصص الشركاء الآخرين : سليمان مرقس ومحمد عل إمام في البيع سنة ١٩٥٤ فقرة ٢٨٧ — عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ١٣٥ ص ٢٠١ — ص ٢٠٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٢ — ص ١٧٣ .

(١) انظر عكس ذلك نقض مدني ١٦ يولييه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ — ٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ — ٣٠ يولييه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١ — ٢٨ يولييه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ — وانظر في هذا المعنى حسن كيرة فصلة من لمة كلية الحقوق ص ٣٥ — ص ٣٦ — ويفرج الأستاذ حسن كيرة على أن تصرف الشريك في جزء مقرز يكون غير نافذ في حق باقي الشركاء أن المتصرف إليه يتقل ملكية الجزء المقرز لا يبدل شريكاً مع باقي الشركاء ، حتى ولو بموجب حصّة الشريك المتصرف الشائعة في الجزء المقرز الذي تصرف فيه . ويستخلص من ذلك النتائج الآتية : (أ) لا يكون من حق المتصرف إليه مشاركة باقي الشركاء في إدارة ائتمار ائتمار أو التصرف فيه إدارة أو تصرفاً يتقرر بالإجماع أو بالأغلبية ، بل يبقى ذلك من حق الشريك المتصرف وحده . (ب) الشريك المتصرف وحده هو الذي يثبت له حق طلب القسمة ، ويجب اختصاصه في دعواها (انظر عكس ذلك نقض مدني ٢٨ يولييه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ — استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٣١ ص ٤٦) . ولا يكون للمتصرف إليه حق رفع دعوى القسمة على باقي الشركاء ، ولا يجب على الشركاء الذين يرفعون دعوى القسمة اختصاصه فيها بوصفه متقاسماً ، ولا يقبل تدخله فيها من تلقاء نفسه بهذا الوصف . (ج) إذا بيعت بعد ذلك حصّة شائعة في المال ائتمار ، فليس للمتصرف إليه في الجزء المقرز أن يطالب باستردادها أو بالشفعة فيها . انظر حسن كيرة فصلة من لمة الحقوق ص ٣٧ — ص ٤٢ .

(٢) أنور سلطان في البيع فقرة ٤١٦ ص ٤١٤ — عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٣ — إسحاق غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٥ — حسن كيرة فقرة ١١٩ ص ٣٩١ — عبد المنعم فرج الصلدة —

هذا ويجوز ، قبل التمسمة ، أن يقر الشريك الآخر البيع الصادر من الشريك الأول . وعند ذلك يصبح البيع نافذاً في حقه في حصته الشائعة ، وتختص ملكية الجزء المقرز المبيع كله للمشتري بعد التسجيل . وقد يكون هذا الإقرار ضمناً ، بأن يرتضى الشريك الآخر الوضع الذي اختاره الشريك الأول ، ويعتبر الجزء المقرز الذي باعه الشريك الأول هو نصيب هذا الشريك في كل الأرض الشائعة ، ويتصرف هو في الجزء المقرز الآخر كما لو كان مالكا له كله . فتكون الأرض الشائعة بذلك قد قسمت بين الشريكين قسمة فعلية ، واختص كل منهما بجزء مقرز فيها (١) .

٥٣٢ - حكم التصرف بعد أنه تم القسمة : فإذا قسمت الأرض الشائعة بين الشريكين ، فلا تخلو الحال من أحد أمرين :

(الأمر الأول) أن يقع الجزء المقرز المبيع في نصيب الشريك البائع ، وحكم ذلك واضح ، ولذلك لم تعرض له المادة ٢/٨٢٦ مدني . ذلك أن ملكية الجزء المقرز المبيع تختص للمشتري بالتسجيل ، بعد أن وقعت في نصيب

= فقرة ١٣٦ من ٢٠٦-منصور مصطلح منصور فقرة ٦٩ من ١٧٨ - وقارن نقص مدني ١٦٠ يونيو سنة ١٩٣٢ حوطة عمر ١ رقم ٥٨ من ١٣١ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ من ١٨٩ .

هذا وقد رأينا أن المشتري لجزء مقرز من المال الشائع لا يعتبر شريكا بحصة شائعة ، فلا يجوز له أن يسترد حصة شائعة لشريك آخر باعها هذا الأجنبي ، كما لا يجوز له أن يطلب بالشفعة هذه الحصة الشائعة في عقار معين بالذات (نقص مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ من ١٠٩) . وإذا اشترى هذا المشتري بعد ذلك حصة شائعة في العقار المعين بالذات ، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة ، جاز له ذلك ، إذ أن المشتري لم يكن قبل شرائه لحصة الشائعة شريكا بموجب شرائه الجزء المقرز ، فلا يستطيع أن يمتنع بأن الشفعة لا تجوز لشريك من شريك آخر مثله (نقص مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ من ١١٨٧) . وانظر إسماعيل غانم فقرة ٨٠ من ١٧٩ هاش ٤ - حن كيرة فقرة ١١٩ من ٣٩٦ - من ٣٩٨ .

(١) نقص مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ حوطة عمر ٤ رقم ١٨٨ من ٥٠٣ - إسماعيل غانم فقرة ٧٦ من ١٦٧ هاش ٢ . كذلك لو تلقى الشريك البائع ملكية حصة الشريك الآخر ببيع أو هبة أو ميراث مثلا ، فإنه يصبح هو المالك لكل الأرض ، وينفذ يمينه للجزء المقرز دون توقف على إقرار أحد (إسماعيل غانم فقرة ٧٦ من ١٦٧) .

الشريك البائع ، فاستقر البيع بفضل الأمر الكاشف للقسمة ، ولم يعد للشريك الآخر أى حق فى الجزء المقرز المبيع .

(الأمر الثانى) ألا يقع الجزء المقرز المبيع فى نصيب الشريك البائع ، بل يقع فى نصيبه الجزء المقرز الآخر ، وهذا هو الأمر الذى عرضت له المادة ٢/٨٢٦ مدنى ، لأن هذا النص أراد أن يقرر حكما ينحرف به عن مجرد تطبيق القواعد العامة . فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أن المشتري ، وقد ضاع عليه الجزء المقرز الذى اشتراه بالذات ، لا يجبر على قبول الجزء الآخر الذى وقع فى نصيب البائع ، فمن حقه إذن أن يطلب فسخ البيع ، أو لإبطاله باعتباره صادرا من غير مالك^(١) . ولكن المادة ٢/٨٢٦ مدنى تقول كما رأينا : « وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة » . فننتقل إذن ، بعد التسجيل ، ملكية الجزء المقرز الآخر الذى وقع فى نصيب الشريك البائع إلى المشتري ، ويحل هذا الجزء حلولا عينيا محل الجزء المقرز المبيع . ومن ثم يعتبر البيع واقعا ، لا على الجزء المقرز المبيع فى الأصل ، بل على الجزء المقرز الذى وقع بعد القسمة فى نصيب الشريك البائع . وتعليل ذلك واضح ، فإن المشتري وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المقرز الذى يبيعه ، يكون قد ارتضى مقلما شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة كما سبق القول .

وقد طبق التفتين المدنى تطبيقا عمليا هذا الحكم فى الرهن الرسمى ، فنص. فى المادة ٢/١٠٣٩ مدنى على ما يأتى : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته

(١) وقد كان المشروع النهي لنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى يضيق القواعد العامة ولا ينحرف عنها كما بينا (انظر آنفا فقرة ٥٢٨ فى المباحث) . ولهذا جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع النهي فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا وقع التصرف على جزء مفرز من المال الشائع ، كما إذا باع مالك الحصة الشائعة جزءا مفرزا أو رهنه رهنيا أو رهن حيازة ، فيكون البيع أو الرهن صحيحا إذا وقع هذا الجزء المقرز عند القسمة فى نصيب المالك الذى صدر منه التصرف . فإذا لم يقع فى نصيبه ، عد التصرف صادرا من غير مالك وأخذ حكمه ، إلا فى الرهن الرسمى فقد وردت فى شأنه أحكام خاصة لأهميته » (جوعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨١) .

الشائعة في العقار أو مفزاً في هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة تأمين غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين .^(١) وسنبحث ذلك تفصيلاً عند الكلام في الرهن الرسمي ، ونجترئ هنا بالقول إن هذا النص ليس إلا تطبيقاً ، فيما يتعلق بالرهن الرسمي ، لنص المادة ٢/٨٢٦ مدني سالف الذكر . ويمكن نقل الإجراءات الواردة فيه إلى جميع التصرفات ، سواء كان التصرف رهناً رسمياً أو رهن حيازة أو بيعاً أو غير ذلك ، باعتبار أن هذا النص مكمل لنص المادة ٢/٨٢٦ مدني . ففي البيع الذي نحن بصدده ، ينتقل العقد إلى قدر من الجزء المفز الذي وقع في نصيب الشريك البائع يعادل قيمة الجزء المفز الذي وقع عليه البيع أصلاً ، ولما كان المقروض أن القسمة قد فوزت الأرض الشائعة إلى جزئين مفزين متعادلين ، فليس للمشتري أن يتضرر من أن يقع البيع على الجزء المفز الذي وقع في نصيب الشريك البائع . على أنه إذا كان هناك فرق في القيمة ما بين الجزئين ، ولم يتفق المشتري والبائع على شيء في هذا الأمر ، استطاع أى منهما أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالفرق : البائع إذا كان الجزء الذي وقع في نصيبه أكبر أكبر قيمة من الجزء المبيع ، والمشتري إذا كان الجزء المبيع هو الأكبر قيمة ، وعلى كل حال يجب أن يؤشر المشتري على هامش تسجيل القسمة بالبيع الصادر له ، حتى يكون هذا البيع نافذاً في حق الغير منذ هذا التأشير^(٢) .

(١) فقد لا نستطيع هنا ، دون نص ، أن ننقل المشتري مهلة التسعين يوماً التي أعطاهها القانون في حالة الرهن الرسمي (عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٩ - وقارن حسن كيرة فصلة من مجلة كلية الحقوق ص ٧٢) . ومع ذلك يذهب كثير من الفقهاء ، ولا نرى مانعاً من الأخذ برأيهم ، إلى أن كل الإجراءات الواردة في المادة ٢/١٠٣٩ مدني ، ويدخل في ذلك مهلة التسعين يوماً ، تطبق في الرهن الرسمي وفي غيره من التصرفات كالبيع (محمد علي عرفة فقرة ٣٠٢ - سليمان مرقس ومحمد علي إمام في البيع فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٩ - إسحاق غانم فقرة ٧٧ ص ١٧٠ - عبد المنعم فخرج الصلة فقرة ١٣٥ ص ٢٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٥ - ١٧٦)

§ ٢ - تصرف الشريك في كل المال الشائع

٥٣٣ - المشتري يعتقد أنه البائع يملك كل المال الشائع : وقد يتصرف أحد الشركاء وحده في كل المال الشائع ، فيبيع ، في المثل الذي أسلفناه ، أحد الشريكين كل الأرض . فإذا كان المشتري يعتقد وقت أن اشترى أن البائع يملك كل الأرض ولا شريك له فيها ، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع . ومن ثم يجوز له أن يطلب إبطال البيع للغلط . وله كذلك أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر ، لأن الشريك الأول قد باعها وهو غير مالك لها ، فيكون هذا هو بيع ملك الغير . والفرق بين هذه الحالة والحالة التي يبيع فيها الشريك جزءاً مفزراً من المال الشائع حيث لا يجوز للمشتري أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر ، أنه في هذه الحالة الثانية قدمن أن هناك احتمالاً أن يقع كل الجزء المفز من المبيع في نصيب البائع ، أما في الحالة التي نحن بصدددها فهذا الاحتمال منتف لأن الشريك البائع قد باع كل المال الشائع وهو لا يملك فيه إلا النصف . ولذلك قررنا ، عند الكلام في البيع ، أنه إذا باع الشريك كل المال الشائع ، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للتأط الجوهري ، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع للملك الغير^(١) .

وإذا أجاز المشتري البيع ، لم يعد يستطيع الطعن فيه بالإبطال ، لالفاظ ولا لأنه بيع ملك الغير . وإنما يستطيع أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، لأن الشريك الآخر يستحق نصف المال الشائع ، وأيا كانت نتيجة التقسمة فإن المال الشائع كله لن يخلص للشريك البائع .

ونع ذلك يجوز للشريك البائع أن يحصل على ملكية النصف الشائع الذي للشريك الآخر ، فتحلص له ملكية المال الشائع كله ، ومن ثم تنتقل هذه الملكية بالتسجيل إلى المشتري .

٥٣٤ - المشتري يعلم أنه البائع سربط في المال الشائع : وإذا كان

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٦٩ ص ٢٠٣ .

المشتري يعلم وقت الشراء أن البائع شريكا في المال الشائع ، امتنع عليه الطعن في البيع للغلط . ويكون في هذه الحالة قد اعتمد على أن البائع مستخلص ملكية المال الشائع كله ، ليقلها إليه .

فإذا استطاع البائع أن يستخلص ملكية المال الشائع كله ، فقد تحقق ما توقعه هو وما توقعه المشتري معه ، وانتقلت ملكية المال الشائع كله إلى المشتري بالتسجيل . أما إذا لم يستطع البائع استخلاص ملكية المال الشائع كله ، فإنه يكون المشتري الحق في طلب فسخ البيع . وقد سبق أن قررنا ، عند الكلام في البيع ، في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا كان المشتري يعلم وثبت البيع أن البائع شركاء في المال المبيع ، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع . فإن وقع جزء مفرز من المال المبيع في نصيب البائع عند القسمة ، كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، وإما في فسخ البيع لتفريق الصفقة . وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كأن حصل على إقرار الشركاء للبيع أو اشترى حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع ، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفرق عليه الصفقة » (١) .

٥٣٥ - أثر تصرف الشريك في حقوق باقي الشركاء : أما باق الشركاء فإنهم يعتبرون من الغير في التصرف الذي يصدر من الشريك في كل المال الشائع ، وذلك بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في هذا المال . ولكن التصرف ينفذ في حقهم بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي للشريك البائع (٢) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٦٩ - وانظر إسماعيل غانم فقرة ٧٨ - حسن الدين الوكيل في التأمينات فقرة ٤٣ و فقرة ٤٥ - وقارن محمد علي عرفة فقرة ٣٠٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٥ - شفيق شحاتة فقرة ١٤٣ - حسن كيرة فقرة ١١٤ ص ٦٥ هامش ١ - عبد المنعم فريج الصدة فقرة ١٣٤ ص ١٩٩ .

(٢) محمد علي عرفة فقرة ٣٠٣ ص ٤٠٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٥ - حسن كيرة فقرة ١١٤ ص ٣٦٧ - عبد المنعم فريج الصدة فقرة ١٣٤ .
وانظر نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ موعة المكتب الكفي في حصة وعشرين عاما جز ٢ ص ٩٩٩ .

ومن ثم يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ، ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء^(١) . وليس لشريك من هؤلاء أن يتعرض للمشتري في حصته الشائعة ، ولا أن يطلب لإبطال البيع في هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها .

وقبل القسمة ، يملك بقية الشركاء مطالبة المشتري بالاتفاق معهم على طريقة الانتفاع بالمال ، بعد أن أصبح مملوكاً لهم وللمشتري على الشيوع^(٢) . ولم أن يطالبوه بالقسمة ، فإذا تمت القسمة اختص كل منهم بما يقع في نصيبه ، ورجع المشتري على الشريك البائع بدعوى الاستحقاق الجزئي بقدر حصص الشركاء الآخرين^(٣) .

الفرع الثاني

قسمة المال الشائع

٥٣٦ - **المؤصل عدم إبعاد الشركاء على البقاء في الشيوع** : بالرغم من أن التقنين المدني الجديد قد نظم الملكية الشائعة تنظيمياً مفصلاً ، فوضع قواعد عملية لإدارتها إدارة معتادة وإدارة غير معتادة وللتصرف فيها ، مما يجعل البقاء في الشيوع ولو إلى حين أمراً غير شاق على عكس ما كانت عليه الحال في عهد التقنين المدني السابق حيث لم يكن الشيوع منظماً ، بالرغم من كل ذلك فإن البقاء في الشيوع لا يزال أمراً غير مرغوب فيه ، ولا يجبر الشركاء عليه . فلا زال للشيوع مصير متاعب ، وكثيراً ما يختلف الشركاء في الشيوع ويغلب أن يكونوا أعضاء أسرة واحدة فيتكلم صفو الأسرة من جراء هذا الاختلاف . ثم إن استقلال الفرد باستغلال ملكه أمر لاشك في رجحانه على الاستغلال

(١) وقد رأينا أن الشريك إذا باع جزءاً مفزراً في المال الشائع ، فإن المشتري لا يعتبر شريكاً بحصة شائعة مع الشركاء في المال الشائع (انظر آفا فقرة ٥٣١ في الهامش) . أما هنا ، وقد باع الشريك كل المال الشائع ، فإنه يكون قد باع حصته الشائعة في هذا المال وخروج من عداد الشركاء في الشيوع ، فيحل له المشتري في حصته الشائعة ، ويصبح شريكاً بدلاً منه مع سائر الشركاء .

(٢) استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ الهامة ٤١ رقم ٣١ ص ٤٦ .

(٣) انظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٧٠ وص ٣٠٥ ماش ١ .

الجماعى للشركاء فى الشيوخ ، وفيه حافظ قوى على العمل والابتداع . ومن م
قضى القانون بأن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع لإزالة الشيوخ^(١) ،
ما لم يكن مبرراً على البقاء فى الشيوخ بموجب نص أو اتفاق .
ذلك أن الشريك فى الشيوخ قد يجبر على البقاء فى الشيوخ بموجب نص ،
وهذا هو الشيوخ الإجبارى^(٢) . وسرى أن القانون يقضى فى شأن هذا

(١) وإذا كانت القسمة هى السبب الرئيسى لإزالة الشيوخ ، فإن هناك أسباباً أخرى غير
القسمة تزيل الشيوخ . من ذلك أن يكسب أحد الشركاء حصص باقى الشركاء جميعها ، أو يكسب
أجنبى حصص جميع الشركاء ، بل سبب من أسباب كسب الملكية كالمقد أو الميراث أو الوصية
أو التهمة أو التقادم . فتتجمع كل الحصص الثمانية فى يد مالك واحد ، ويرتبط على ذلك أن يزول
الشيوخ . وكذلك قد يتحول الشيوخ إلى شركة ذات شخصية منوية ، فيملك الشخص المعنوى المال
الذى كان شائناً يزول للشيوخ (بلانيرول وريبير وبولانچيه ٣ - مقالة ٣٠٥٢ - حسن كيرة فقه :
١٢٨ ص ٤٣٩) - وفيما يتعلق بزوال الشيوخ بالتقادم دون القسمة ، قضت محكمة النقض بأنه
لا تلازم بين نفي القسمة وقيام الشيوخ ، لأن واحداً من المالكين المشتاعين أو بعضهم قد يستقل بوضع
يده على جزء من الملك الشائع بنية تملكه لنفسه ، وقد يتم هذا التملك بانقضاء المدة الطويلة المكسبة
للملكية ، وفى هذه الصورة لا يوجد شيوخ مع أن قسمة لم تقم (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٧
ملحق المحاماة ٢٧ رقم ١١٦ ص ٢٨١) .

(٢) وهناك أيضاً نص فى قانون الولاية على المال يمنع من إجراء القسمة لمدة لا تتجاوز خمس
سنين ، فقد نصت المادة ٤١ من هذا القانون على أنه : « إذا رفعت دعوى (القسمة) على القاصر أو
المحجور عليه أو النائب من وارث آخر ، فالمحكمة ، بناء على طلب من يتوب عنه أو بناء على طلب
النائب العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التصديق بها
ضرراً جسيماً » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فى هذا الصدد : « وقد استقى هذا
الحكم من القانون المدفى الإيطالى ، وأريد منه إلى دفع كل ضرر جسيم قد يلحق بمصالح المحجور عليه
أو النائب من جراء التصديق بقسمة المال الشائع . ومن المفهوم أن وقف القسمة مدى السنوات الخمس
يجب أن يقتصر على مدة القصر أو المحجور أو النية ، أما إذا بلغ القاصر أو رفع المحجور أو حضر
النائب قبل انتهاء هذه المدة ، فلا شك فى أن وقف الإجراءات يزول بزوال مقتضيه . فن الفروض
ما تكون فيه قسمة المال الشائع ضارة كل الضرر بمصالح القاصر ، كما هو الشأن لو هبطت أثمان
العقارات هبوطاً جسيماً فى فترة من الفترات ، وكان مآل هذا المال البيع لعدم إمكان القسمة أو
البيع بشئ ينحس بهد القسمة ، وكما هو الشأن فى الحالات التى يكون فيها بقاء الشيوخ ضارفاً لخس
استقلال البين الثمانية بما فى ذلك نصيب القاصر ، وينتفق ذلك فى الأراضي الزراعية مثلا عندما
يكون شركاء القاصر من المتخصصين فى الزراعة ويكون هومن قطان المدن ، كما ينتفق فى حالة ما إذا
كان القاصر شريكاً فى متجر أو مصنع يتولى إدارته أحد الشركاء .. بيد أن ملاحظ من ناحية أخرى =

الشيوخ الإجبارى بأن « ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته ، إذا تبين من الفرض الذى أمد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوخ » (م ٨٥٠ ملغى) . ومنبذت فيها إلى بالتفصيل الشيوخ الإجبارى وأنواعه المختلفة .
وقد يجبر الشريك على البقاء في الشيوخ بموجب اتفاق بينه وبين سائر الشركاء ، وهذا ما تنوّل الآن بحثه .

٥٣٧ - جواز التنازل على البقاء في الشيوخ لمدة معينة - نص قانوني :
تنص المادة ٨٣٤ ملغى على ما يأتي :

« لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مبرراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق . ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه » (١) .

فه أن النص الجديد لا يتناول إلا حالة الشيوخ الناشئة من الميراث في أموال خصوصها ، فهو لا يطبق على القسمة التي تكون نتيجة التصفية كما هو الشأن في الشركات .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٢ من المشروع النهائي مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدق الجديد ، فبما عدا أن المشروع النهائي كان يشتمل على فقرة ثانية تجر على الوجه الآتي : « ٢ - ومع هذا فطمحكة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوخ ، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أي اتفاق على البقاء في الشيوخ ، وذلك متى كانت القسمة المعالجة ضارة بمصالح الشركاء ، كما إذا أن تأمر بالقسمة في الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، إذا وجد سبب قوي يبرر ذلك » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص بعد أن حطفت منه الفقرة الثانية ، وأصبح رقمه ٩٠٥ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أصبحت الفقرة الثانية التي كانت لجنة المراجعة قد حذفها ، ووافق مجلس النواب على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ٩٠٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح دة أخرى حذف الفقرة الثانية ، بحجة أن القواعد القانونية هي أن الاتفاق قانوني للمتاعدين ، ولذا لا يصح الخروج عليها إلا لسبب يتعلق بالنظام العام ، ويجب احترام اتفاقات الشركاء في هذا الشأن لأنه قد تكون لهم ظروف قوية في البقاء أو عدم البقاء في الشيوخ . وعارض أحد الأعضاء هذا الاقتراح « قائلًا إن من المصلحة إصطاء لقاضي شيئاً من السلطة ليتدخل في بعض حالات الشيوخ الضارة ، فالرخصة للتصريح عليها في هذه الفقرة لما قبسها ، والمقروض أن القاضي يستطيعها استعمالاً معقولاً ، ومنفسخ في ذلك رقابة محكمة الاستئناف » . ولما أمادت اللجنة مناقشة الفقرة الثانية في جلسة ثانية وافقت الأغلبية على حذفها « نوعياً لاستقرار التعامل » . وقد أصبح النص بعد حذف الفقرة الثانية حالة « لما استقر عليه في التفتين المدق الجديد ، وسار رقمه ٨٣٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما صدقته جلسته (بمجموعة الأعمال الصغيرة ٦ ص ١٠٠ - ص ١٠٤) .

وبقيين من هذا النص أن كل شريك ، مالم يكن في شيوخ إجباري بموجب نص في القانون ، ومالم يكن قد اتفق مع سائر الشركاء على البقاء في الشيوخ لمدة معينة ، من حقه في أي وقت مادام الشيوخ قائماً أن يطلب قسمة المال الشائع . فإذا كان الشيوخ قد زال بالقسمة ، لم يجوز طلب قسمة المال مرة أخرى بعد القسمة الأولى ، إلا إذا ثبت أن القسمة الأولى باطلة أو أن بها عيباً يجوز إبطالها فأبطلت أو أنها فسخت أو زالت بأي وجه . كذلك لا يثبت الحق في القسمة قبل ابتداء الشيوخ ، فاتفق الورثة قبل موت مورثهم على قسمة ما سيؤول إليهم من تركته يكون باطلاً باعتباره تعاملًا في تركه مستقبلية^(١).

كذلك لا يجوز للشريك أن يطلب القسمة إذا كان قد تقيّد باتفاق مع سائر الشركاء على البقاء في الشيوخ لمدة معينة ، وطوال هذه المدة . والذي يدعوا الشركاء إلى الاتفاق على البقاء في الشيوخ دواعٍ متنوعة . فقد يكون بينهم من هو ناقص الأهلية تقتضي القسمة معه إجراءات معينة قد تطول ، ويكون ناقص

— ولا مقابل نص في التقنين المدني السابق ، ولكن تقنين المرافعات السابق كان يشتمل على نص هو المادة ٧٦١/٧٦٢ تجرى على الوجه الآتي : « يجوز لكل شريك في عقار مشاع أن يطلب قسمة ، ولا يصح الاتفاق على خلاف ذلك إلا من يكون أهلاً لتصرف لمدة لا تزيد على خمس سنوات بالأكثر . وتنتج في القسمة القواعد المقررة في القانون المدني » . ونص تقنين المرافعات يتفق في حكمه مع نص التقنين المدني الجديد ، إلا أنه يشترط أهلية التصرف..

ومقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧٠ (موافق) .

قانون المواريث والمفوض اللبناني م ٨٤٠ لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ ، فكل شريك

أن يطلب القسمة ، وكل نص يخالف يكون باطلاً .

م ٨٤١ : ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن الشريك لا يمكنه أن يطلب القسمة إلا بعد انصرام مدة معينة من الزمن لا تتجاوز خمس سنوات على الأكثر . حل أن المحكمة يجوز لها ، حتى في هذه الحالة ، أن تأمر بحل الشركة والقسمة في أثناء المدة المفق عليها لاستمرار الشيوخ - انظر أيضاً قانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ .

(والتقانون اللبناني يتفق مع القانون المصري ، فيما عدا أن القانون اللبناني يميز للقاضي أن يأمر بالقسمة حتى قبل انقضاء المدة المفق عليها لبقاء في الشيوخ) .

(١) بيدان وبيال ه مكرور ٦٤٤ .

الأهلية سيستكمل أهليته بعد زمن غير طويل ، فيتفق الشركاء ، ويتفق معهم النائب عن ناقص الأهلية ، على أن يبقوا جميعا في الشيوع إلى أن يستكمل ناقص الأهلية أهليته . وقد يكون بين الشركاء في الشيوع غائب يتوقعون قلوبهم بعد مدة معينة ، فيتفق باقي الشركاء على البقاء في الشيوع هذه المدة حتى يقدم للغائب . وقد يكون أمام الشركاء في الشيوع مشروع لاستغلال المال أو لإجراء إصلاحات فيه وهو في حالة الشيوع ، فيتفق الشركاء على البقاء في الشيوع المدة اللازمة للقيام بهذا المشروع أو لإنجاز الإصلاح المطلوب . وقد تقتضي القسمة بيع بعض أعيان شائعة ، وبيعها فوراً يعود عليهم بخسارة ، فيستبقون بالاتفاق الشيوع لمدة معينة حتى توافي فرصة ملائمة لبيع هذه الأعيان^(١) .

هكنا نرى أن هناك أسبابا متنوعة قد تقتضي من الشركاء أن يبقوا في الشيوع معينة ، فيعملون إلى الاتفاق فيما بينهم على البقاء في الشيوع طوال هذه

٣٢

الاتفاق على البقاء في الشيوع يقع عادة بين جميع الشركاء ، ولما كان البقاء في الشيوع علما من أعمال الإدارة ، فالإتفاق عليه لا يقتضي من الشريك إلا أن يكون متوافرا على أهلية الإدارة ، فلا تلزم أهلية التصرف^(٢) . وليس من الضروري أن يدخل في الاتفاق جميع الشركاء ، فقد يتفق بعض الشركاء على البقاء في الشيوع ، فيكون هذا الاتفاق ملزما لم دون غيرهم من الشركاء الذين لم يدخلوا في الاتفاق^(٣) . وقد رأينا مثلا لذلك فيما قدمناه من الاتفاق على البقاء في الشيوع بين الشركاء إذا كان بينهم غائبون ، فلا يدخل هؤلاء في الاتفاق ولا يكون ملزما لهم^(٤) .

(١) بودرى وقال في المواريث ٢ فقرة ٢١٨٣ ص ٦٧٠ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الاتفاق على البقاء في الشيوع مقصورا على بعض الأموال الشائعة دون البعض الآخر (بودرى وقال في المواريث ٢ فقرة ٢٢٤٣ ص ٧١٣) .

(٣) انظر في هذا المعنى بودرى وقال في المواريث ٢ فقرة ٢١٨٩ مكررة .

(٤) أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ *indivision* فقرة ٢١٢ - إسماعيل غانم فقرة ٨٨

ص ٢٠٥ - حسن كيرة فقرة ٤٥١ ص ٤٥٥ - منصور مصطفي منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ .

(٥) والاتفاق على البقاء في الشيوع ملزم للشريك متى دخل فيه ، ولكنه ليس بالملزم ، بل هو الواجب والمعتبر حصة الشريك . ونص المادة ٨٣٤ مكرر صريح ، كما رأينا ، في إلزام

وقد رأينا أن المادة ٨٣٤ مدني تنص للاتفاق على البقاء في الشبوع حداً أقصى للمدة هو خمس سنوات ، حتى لا يجبر الشركاء على البقاء في الشبوع إلا مدة معقولة . فلذا حدد الشركاء المدة التي يبقون فيها على الشبوع بستة أو بأقل أو بأكثر ، جاز ذلك بشرط ألا تزيد المدة على خمس سنوات . فإن حدد الشركاء مدة أطول من خمس سنوات ، أو جعلوا الاتفاق مؤبداً ، أو حددوا مدة غير معينة (١) ، كانت المدة في جميع هذه الفروض خمس سنوات لا تزيد (٢) .

على أنه من الجائز ، إذا اتفق الشركاء على البقاء في الشبوع مدة خمس سنوات ، وانقضت هذه المدة ، أن يجددوا الاتفاق لمدة خمس سنوات ثانية ، ثم لمدة خمس سنوات ثالثة ، وهكذا . ولكن إذا كان قد انقضى من إحدى هذه المدة وقت يقل عن خمس سنوات ، كأن انقضى ثلاث سنوات ، وعهد الشركاء إلى التجديد ، فإن التجديد في هذه الحالة لا يجوز أن يكون إلا لمدة لا تزيد على خمس سنوات تبدأ من وقت نهاية ثلاث السنوات التي انقضت ،

سأختلف . ولما كان انحصاراً ، فإن الخلف الخاص (المشترى) يلزم بالاتفاق سواء كان يعلم و
 الشراء بوجود الاتفاق أو لم يعلم . وهذا على خلاف القاعدة العامة في الخلف الخاص ، التي لا يقتصر
 إليه التزام سلفه إلا إذا كان علماً به وقت التعاقد مع هذا السلف . انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم
 فقرة ٨٨ ص ٢٠٣ هامش ٢ - عبد المنعم فراج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ - منصور مصطفي
 منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ - عكس ذلك حسن كبيرة فقرة ١٣٧ ص ٤٥٦ هامش ٢ .

(١) ومثل تحديد مدة غير معينة أن ينطبق الشركاء على البقاء في الشبوع حتى موت أحدهم
 (الأم أو الأب مثلاً) (بودر وقال في الماديت ٢ فقرة ٢١٨٥ ص ٦٧١) . كذلك تكون
 المدة خمس سنين إذا لم يحدد الشركاء في الاتفاق على البقاء في الشبوع مدة أسلاً (بودر وقال في
 الماديت ٢ فقرة ٢١٨٥ ص ٦٧١ - ص ٦٧٢ - فلانويك وديوير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٢ -
 فلانويك وديوير وبولانجه ٣ فقرة ٢٧٩٧ - فلانويك وديوير وموري وفيلانويك ٤ فقرة ٤٨٨) .
 (٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « وقد ينطبق الشركاء في الشبوع
 المتبادل على البقاء فيه إلى أجل يجب ألا يزيد على خمس سنين ، فإن زاد انقضى إلى المدة المنصوص
 عليها في هذه المادة » (جوة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠١) . وجاء في المادة ١٠٧٠ مدني عراق :
 « فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشبوع مدة أطول أو مدة غير معينة ، فلا يكون الاتفاق معتبراً
 إلا لمدة خمس سنين » .

أما إذا تبين أن الشركاء ، وقد تماثلوا على مدة أطول من خمس سنوات ، ما كانه الاتفاقوا
 لولاء المدة كانت خمس سنوات فقط ، فحينئذ يكون التعاقد كله باطلاً تطبيقاً للمادة ١٢٣ مدني
 (إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٤ - جبه المنعم فراج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ -
 حسن كبيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٧ - منصور مصطفي منصور فقرة ٢٥ ص ١٨٨) .

لا من وقت انقضاء خمس السنوات التي كان الاتفاق قد تم عليها . فتجديد المدة معناه هنا إذن استبدال المدة الجديدة بالباقي من المدة القديمة^(١) . ولو قلنا بغير ذلك لا يمكن الشركاء بطريق غير مباشر أن يتعاقدوا على مدة أطول من خمس سنوات ، بأن يتعاقدوا أولاً على خمس سنوات وفي اليوم التالي مثلاً يتعاقدون على خمس سنوات أخرى ، فيصلوا بذلك إلى التعاقد على عشر سنوات^(٢) .

وقد قلنا^(٣) أن قسمة المهاباة المكانية لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات لأن الشركاء يبقون في الشروع في خلال هذه المدة ، ولا يقسمون إلا المنفعة . فإذا زادت مدة المهاباة على خمس سنوات ، كان في هذا إجباراً للشركاء على البقاء في الشروع لمدة تزيد على خمس سنوات^(٤) ، وهذا ما يخالف المادة ٨٣٤ مدني التي نحن بصددتها^(٥) .

(١) بودري وقال في الموارث ٢ فقرة ٢١٩٤ - أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٦ - بلافنول وريير وموري وفيالتون فقرة ٤٨٩ - بلافنول وريير وبولانجه ٣ فقرة ٢٧٩٨ .
(٢) محمد علي مرقفة فقرة ٣١٩ ص ٤٢٦ - عبد المنعم البدراني فقرة ١٥١ ص ١٨١ - إسحاق غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ - حسن كبيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٦ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ .

ويترتب على ذلك أن الاتفاق على البقاء في الشروع لمدة خمس سنوات ، إذا تضمن شرطاً يقضي بتجديد المدة بعد انقضائها ، لا يسري إلا لمدة خمس سنوات دون تجديد تلقائي (بودري وقال في الموارث ٢ فقرة ٢١٩٤ ص ٦٧٧) . فإذا انقضت مدة خمس السنوات ، جاز للشريك أن يمارس في التجديد ، وبذلك لا يكون ملزماً لمدة تزيد على خمس سنوات . أما إذا كانت المدة الأصلية ثلاث سنوات مثلاً ، وتضمن الاتفاق شرطاً بالتجديد سنتين آخرين ، جاز ذلك ، إذ كان في الإمكان الاتفاق على خمس سنوات منذ البداية (حسن كبيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٦) .

(٣) انظر آتفا فقرة ٤٩٢ .

(٤) محمد علي مرقفة فقرة ٣٣٨ - وقارن إسحاق غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٦ - حسن كبيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٩ - ص ٤٦٠ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٩ .

(٥) ويجوز لشركاء تحويل الشروع إلى شركة تستع بال شخصية المعنوية ، وتكون هي المالكة المال ما بقيت شخصيتها قائمة ولو زادت المدة على خمس سنوات (أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٧ - بلافنول وريير وموري وفيالتون فقرة ٤٩١ - إسحاق غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ - حسن كبيرة فقرة ١٣٨ ص ٤٣٩) .

وليس من الضروري أن يكون ما يلزم الشركاء بالبقاء على الشيوع اتفاقاً عاماً بينهم وحدهم ، فيصح أن يكون اتفاقاً بينهم وبين السلف الذى تلقوا منه المال الشائع ، كما إذا وهب شخص مالا لشخصين على الشيوع واشترط عليهما البقاء فى الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات لباعث مشروع . كذلك قد لا يكون هناك اتفاق أصلاً : كما لو أوصى شخص بمال لشخصين على الشيوع ، واشترط عليهما البقاء فى الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات لباعث مشروع . وتستخلص هذه الأحكام من المادة ٨٢٣ مدنى التى تميز ، كما رأينا ، فى عقدة هبة أو فى وصية أن يشترط الواهب أو الموصى عدم جواز التصرف فى المال الموهوب أو الموصى به ، فأولى أن يصح للواهب أو الموصى أن يشترط البقاء فى الشيوع وهو شرط أخف من شرط المنع من التصرف^(١) .

وقد كان مشروع المادة ٨٣٤ مدنى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ومع هذا فلم المحكمة على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع ، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ،

(١) إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٩ - وانظر فى معنى عدم الجواز محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩٧ - محمد حل عرفة فقرة ٣١٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٥١ - حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩ .

أما فى فرنسا ، فيفترقون بين الهبة والوصية ، فى الهبة - وهى اتفاق - يجوز اشتراط البقاء فى الشيوع طبقاً لأحكام المادة ٨١٥ مدنى فرنسى . ويختلف الأمر فى الوصية ، فهى ليست اتفاقاً ، ونص المادة ٨١٥ لا يبيح المنع (prohibition) من القسمة مهما قلت المدة ، ويبيح الاتفاق (convention) على البقاء فى الشيوع لمدة لا تتجاوز خمس سنوات (بودرى وقال فى المداير ٢ فقرة ٢١٨٦) . وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يبيح شرط البقاء فى الشيوع فى الوصية (ديمولومب ١٥ فقرة ٥١١ - أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٧) - وقد صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية يفرق بين النصاب الجائز الإيصاء به فيجوز فيه أن تتضمن الوصية شرط البقاء فى الشيوع ، وبين ما لم يدخل فى هذا النصاب فلا يجوز فيه المورث أن يترك وصية يلزم بها الورثة البقاء فى الشيوع (نقضى ٢ نسي ٢٥ فبراير ١٩٤٠ جائزيت دى باليه ١٩٤١ - ١ - ١٧ - وانظر بولانيول وديور وبولانيه ٣ فقرة ٢٨٠٤) .

إذا وجد سبب قوى بمرر ذلك^(١) . وقد كان هذا النص يجعل الاتفاق على البقاء في الشيوع اتفاقاً بالغ المرونة . فيمكن التحلل منه قبل انقضاء الأجل المحدد إذا وجد سبب قوى بمرر ذلك ، ويمكن المدة في أجله ، بل يمكن الإلزام بالبقاء في الشيوع حتى لو لم يوجد اتفاق على ذلك أصلاً ، إذا كانت القسمة للعاجلة ضارة بمصالح الشركاء^(٢) . ولما كان النص على هذا النحو يجعل من اليسير التحلل من شرط البقاء على الشيوع ، فقد حذفته لجنة مجامع الشيوخ «توخياً لاستقرار التعامل»^(٣) . فأصبح الاتفاق على البقاء في الشيوع ، على الوجه الذي سبق بيانه ، ذا قوة ملزمة ، وتجب مراعاة الأجل المحدد فيه فلا يزيد ولا ينقص^(٤) .

٥٣٨ — أنواع القسمة : ويستخلص مما قدمناه أن كل شريك له أن يطلب قسمة المال الشائع في أي وقت مادام الشيوع قائماً ، وذلك ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع . بنص في القانون أو بموجب اتفاق على النحو الذي ينشأه .

والقسمة يمكن تقسيمها إلى أنواع مختلفة . فهي تنقسم أولاً إلى قسمة مؤقتة (partage provisionnel) وقسمة نهائية (partage définitif) . فالقسمة

(١) انظر آتفا نفس الفقرة في الهامش .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع المهيئ في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠١ .

(٣) انظر آتفا نفس الفقرة في الهامش .

(٤) أما إذا لم يكن هناك اتفاق على البقاء في الشيوع ، فالأحرل أن للشريك كما قدمنا حق طلب القسمة مادام الشيوع قائماً ، ومع ذلك لا يجوز للتمسك في استهلاك هذا الحق . فإذا طلب الشريك القسمة في وقت غير مناسب وكانت القسمة فوراً تضر بمصالح الشركاء وبمصلحته هو ، فإن للقاضي رفض طلبه وإبقاء الشيوع إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير بمصالح الشركاء ، وقد يستيقض القاضي عن القسمة النهائية في المال بقسمة مهادنة تبقى إلى أن يجرى الوقت المناسب للقسمة النهائية . انظر في هذا المعنى حسن كبيرة فقرة ١٣٧ — وانظر عكس ذلك إسحاق غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٦ — ص ٢٠٧ .

وقد مر بنا تطبيق تشريعي لهذا المبدأ ، إذ تنص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا رفعت دعوى (القسمة) على القاصر أو المحجور عليه أو التائب من وارث آخر ، فلمحكمة ، بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمسة سنوات إذا ثبت لها أن في التصجيل بها ضرراً جسيماً» (انظر آتفا فقرة ٥٣٦ في الهامش) .

الموقته هي قسمة المهايأة المكانية أو الزمانية على التفصيل الذي قدمناه^(١)، وهي قسمة منفعة لا قسمة ملك، ولذلك لا تبقى إلا لمدة معينة، ومن ثم سميت بالقسمة الموقته. أما القسمة النهائية فهي قسمة ملك لا قسمة منفعة فحسب، وإذا تمت فإنها تلوم ولا تزول كما تزول القسمة الموقته، ما لم تكن معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط أو معلقة على شرط واقف وتختلف الشرط، فإنها في هذه الحالة تزول بأثر رجعي وتعتبر كأن لم تكن، ومن ثم تسمى القسمة المعلقة على شرط بالقسمة غير الباتة (partage provisoire). فهناك إذن فرق بين القسمة الموقته (provisionnel) والقسمة غير الباتة (provisoire)، فالأولى لا تبقى إلا لمدة معينة تزول بعدها بغير أثر رجعي، في حين أن الثانية تبقى دائماً أو تزول بأثر رجعي، فهي إما موجودة على سبيل الدوام أو تعتبر كأن لم تكنه والقسمة النهائية إما أن تكون قسمة كلية (partage total) أو قسمة جزئية (portage partiel)، وإما أن تكون قسمة عينية (partage en nature)، أو قسمة تصفية (partage par licitation)، وإما أن تكون قسمة اتفاقية (partage conventionnel, amiable) أو قسمة قضائية (partage judiciaire). فالقسمة الكلية هي القسمة التي تتناول جميع الأموال الشائعة، فتقسمها كلها بين الشركاء، وتقرر نصيب كل منهم في جميع هذه الأموال. وهذا هو الأصل في القسمة النهائية. ولكن قد تكون القسمة النهائية قسمة جزئية، لا تتناول إلا بعض الأموال الشائعة فتقسمها بين الشركاء وتفرز نصيب كل منهم فيها. أما ما بقي من الأموال فيبقى شائعاً على حاله. وقد تكون القسمة الحزبية بإفراز نصيب أحد الشركاء في جميع الأموال الشائعة، وإبقاء سائر الشركاء على الشيوع في جميع الأموال التي تبقى بعد استبعاد النصيب المفرز^(٢). والقسمة العينية هي قسمة الأموال الشائعة عينا، فيفرز نصيب كل شريك في نفس الأموال الشائعة. وهذا هو أيضاً الأصل في القسمة النهائية. ويكون

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٩١ - فقرة ٤٩٤.

(٢) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٥٩ هامش ٥ ثالثاً - حين كبرة فقرة ١٣٠. وقد تكون القسمة بتقسيم الأموال الشائعة إلى مجموعتين أو أكثر، يختص بكل مجموعة فريق من الشركاء، فتبقى المجموعة شائعة بين أفراد هذا الفريق. وهذا ما يسمى بقسمة الطبقات أو قسمة القفازات (متصور مصطفي منصور فقرة ٧١).

الإفراز إما بطريق التجنيب (attribution)، أو بطريق القرعة (tirage au sort). وقد تكون القسمة العينية بمعدل (soulte)، إذا لم تليس إلا عن طريق أن بعض الشركاء ينال نصيباً أكبر من حصته فيدفع للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيباً أقل مبلغاً من النقود بمعدل أنصبتهم فنكون معادلة لحصصهم. أما إذا أمكنت قسمة المال الشائع بحيث ينال كل شريك نصيباً مفرزاً من نفس هذا المال يساوى حصته الشائعة، كانت هذه القسمة هي القسمة العينية بغير معدل. وقد لا تمكن القسمة العينية حتى مع المعدل، فلا يكون هناك إذن سبيل لقسمة المال الشائع إلا عن طريق التصفية. والتصفية معناها بيع المال الشائع في المزاد، وقسمة ثمنه بين الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة. ولما كان الثمن الذي يرسو به المزاد هو مبلغ من النقود، فإن قسمة بين الشركاء تكون دائماً ممكنة. فإذا اتفق الشركاء فيما بينهم على أن مزاد المال الشائع ينحصر فيهم، فلا يدخل في الزائدة أجنبي عنهم، فهذا يكون رسو المزاد على أحد الشركاء قسمة بطريق التصفية. أما إذا لم يتفق الشركاء على انحصار المزاد فيهم، فإنه يجوز عند ذلك أن يدخل في المزاد الشريك والأجنبي. فإن رسا المزاد على شريك، كانت القسمة هنا أيضاً قسمة بطريق التصفية. وإن رسا المزاد على أجنبي، لم يعتبر رسو المزاد قسمة تصفية، بل يكون بيعاً عادياً صدر من جميع الشركاء إلى الأجنبي عن طريق المزاد..

والقسمة النهائية — كلية كانت أو جزئية، عينية كانت أو قسمة تصفية — تكون إما قسمة اتفاقية، أو قسمة قضائية. فتكون قسمة اتفاقية إذا اتفق جميع الشركاء على إجرائها بالراضى دون الالتجاء إلى القضاء، فيتفقون على كيفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها، كما يتفقون، إذا اقتضى الأمر بيع المال الشائع بالمزاد، على أن تكون الزائدة رضائية. فإذا لم يتيسر الاتفاق، لم يعد هناك سبيل لقسمة الأموال الشائعة إلا عن طريق الالتجاء إلى القضاء، وهذه هي القسمة القضائية.

(١) ويكون الإفراز أيضاً بطريق التجميع بأن يتجمع نصيب الشريك في شيء مفرز واحد، أو بطريق التفريق بأن يتفرق نصيب الشريك على جميع الأموال الشائعة فيأخذ الشريك جزءاً مفرزاً في كل حال منها.

وقد سبق الكلام في القسمة الموقتة ، وهي قسمة المهايأة . ونقول الآن
نبحث القسمة النهائية ، فتكلم في مسألتين : (١) كيف يتم إجراء القسمة .
(٢) ما يترتب على القسمة من الآثار .

المبحث الأول

كيف يتم إجراء القسمة

٥٣٩ - القسمة التوقفية والقسمة القضائية : إجراء القسمة : سواء
كانت كلية أو جزئية ، وسواء كانت عينية أو بطريق التنصيف ، يختلف في
القسمة الاتفاقية عنه في القسمة القضائية . فنبحث إذن إجراء كل من القسمتين
الاتفاقية والقضائية : ونبحث بعد ذلك ما لدائفي الشركاء من حق التدخل
في القسمة : اتفاقية كانت أو قضائية ، حماية لمصالحهم .

المطلب الأول

القسمة الاتفاقية

٥٤٠ - نص قانوني : تنص المادة ٨٣٥ مدني على ما يأتي :
« للشركاء ، إذا اتفقت إجماعهم ، أن يفتسموا المال الشائع بالطريقة التي
يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجب مراعاة الإجراءات
التي يفرضها القانون » (١) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٤٨ / ٤٥١ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٦ في المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٤ ، قبل الشروع تحت رقم ٨٣٥ (مجموعة
الأعمال التشريعية ٦ ص ١٠٤ - ١٠٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٤٨ / ٤٥١ : وفي جميع الأحوال الأخرى ، يجوز للشركاء
الذين لهم أعلية التصرف في حقوقهم ، إذا انتضت الحال قسمة أموال مشتركة ، أن يباشروا القسمة
بالطريقة التي يرضونها ، إذا كانوا متفقين بأجمعهم عليها .

وبقائيل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري . م ٧٨٩ - وفي التفتين المدني الليبي م ٨٤٤ - وفي التفتين المدني العراقي م ١٠٧١ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٩٢٢ و ٩٤١ .
ويقتبن من هذا النص أن القسمة الاتفاقية هي عقد تسرى عليه أحكام العقود بوجه عام . وسنرى ، إلى جانب ذلك ، أن هناك أحكاما خاصة بنقص القسمة الاتفاقية للفتن .

١ § - كيف يتم لإجراء القسمة الاتفاقية

٥٤١ - القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه أحكام سائر العقود :
والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، أطرافه الشركاء المشتاعون ، وعمله = (ولا خلاف في الحكم ما بين التفتينين السابق والجديد ، فبما عدا أن التفتين تسابق في المادة ٥٤٩/٤٥٢ منه كان يجب أن تكون القسمة قضائية فيما إذا كان أحد الشركاء قاصراً أو محجوراً عليه أو غائبا) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٧٨٩ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٨٤٤ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ١٠٧١ : ١ - للشركاء ، إذا لم يكن بينهم محجور ، أن يقسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها ٢ - لا تتم القسمة الرضائية في العقار إلا بتسجيل في دائرة القناطر . ٣ - لداني كل شريك أن يظنوا في القسمة ، إذا كان فيها غش أضر بمصالحهم . (وحكم التفتين العراقي يتفق بوجه عام مع حكم التفتين المصري) .
قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٢٢ : تنجى القسمة بين الشركاء ، في شركات القعد أو

المالك ، إذا كانوا راشدين ومالكين حق التصرف في حقوقهم ، وفقا للطريقة المدنية في عقد إنشاء الشركة أو الطريقة التي يتفقون عليها ، إلا إذا قرروا بالإجماع إجراء التصفية قبل كل قسمة .

م ٩٤١ : عند نهاية التصفية في الحالة المنصوص عليها في المواد السابقة وفي جميع الأحوال الداعية إلى قسمة الأموال المشتركة ، يجوز للشركاء المالكين حق التصرف في حقوقهم أن يشعروا في القسمة على الطريقة التي يرونها مناسبة ، بشرط أن يتفقوا عليها بالإجماع - ويحق لجميع الشركاء حق الذين لا يد لهم في الإدارة ، أن يشتركوا مباشرة في أعمال القسمة (عدلت بقانون ٢١ كانون سنة ١٩٥٤) .
التفتين اللبناني يتفق في حوجه مع حكم التفتين المصري ، إلا أن المشرع اللبناني ، في حالة المحجور والقاصر ، يقتصر على بسط رقابة المحكمة رقابة لاحقة القسمة ، أما في القانون المصري فالرقابة سابقة ولاعتمة : م ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال - وفي القانون اللبناني تشمل للرقابة الولي والوصي ، ولا تشمل في القانون المصري إلا الوصي - انظر في ذلك حسن كيرة في الحقوق العائلية الأصلية في القانون المدني اللبناني للمحاضر مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٦٥) .

المال الشائع . ومن ثم تسرى على هذه القسمة أحكام العقود . فلا بد من تراضى الشركاء ، وتوافر الأهلية ، وخلو الإرادة من العيوب ، واستيفاء المثل لشروطه ، ووجود سبب مشروع .

ويجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف ، كما إذا اتفق الشركاء على تعليق القسمة على ما إذا كانت عين من الأعيان الداخلة فيها تثبت ملكيتها للشركاء . كذلك يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ ، كما إذا اتفق الشركاء على انقضاء القسمة إذا تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض البناء في خلال مدة معينة .

وإذا أبرم القسمة الاتفاقية بعض الشركاء دون بعض ، فإن الشركاء الذين أبرموا بها يكون ملزمين بها ، حتى إذا أقرها الشركاء الآخرون أصبحت نافذة في حق الجميع (١) . وقد يجعل إقرار الشركاء الذين لم يبرموا العقد شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً في القسمة (٢) .

وتخضع القسمة الاتفاقية للقواعد العامة في الإثبات . فإذا زادت قيمة المال للشائع الذي دخل القسمة على عشرة جنيهات ، كما هو الغالب ، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة . أما إذا لم تزيد القيمة على عشرة جنيهات ، فإنه يجوز إثبات القسمة بالبينة والقرائن .

وقد قلنا أن المادة ٨٤٦ / ٢ ملغى تقضى بأنه إذا دامت قسمة المهايأة المكانية خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير

(١) نقض مدني ٥ يونيو سنة ١٩٤٧ حوجة عمر ٥ رقم ٢١٢ ص ٤٥١ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٣ ص ٢٧٦ - ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ حوجة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٣ ص ١١٥٢ - ويعتبر عقد القسمة ، بالنسبة إلى من لم يقره من الشركاء ، إيجاباً موجباً إلى هؤلاء ، فيكون لهم أو لورثتهم إقرار القسمة بقبولهم إياها . ولكن هذا الإيجاب يبيح تماماً المدة المحددة له أو المدة المقولة ، وفقاً لأحكام المادة ٩٣ مدني (انظر إسماعيل غانم فقرة ص ٢٠٩ هامش ٢) .

(٢) وذلك فيما إذا لم يعتبر عقد القسمة إيجاباً موجباً لمن لم يقره من الشركاء ، كما سبق القول . أما القسمة التي تتم بين بعض الشركاء وتتناول كل المال الشائع ، فتهدد عداً أو غشاً نصيب الشركاء الذين لم يشتركوا في القسمة ، فتكون بداية باطلة (بيدان وليبال ه مكور فقرة ٨٩٨ ص ٦٣٠ - ٦٣١ - فلافبول وريير وموري وقيانتون ٤ فقرة ٦٨٤ - إسماعيل غانم فقرة ٨٩ ص ٢١٠) .

ذلك . فالتراضى هنا لم يقع ابتداء على قسمة نهائية . وإنما وقع على مهاياة . مكانية مؤقتة . ومع ذلك تنقلب هذه القسمة المؤقتة . بحكم القانون لا بحكم التراضى ، إلى قسمة نهائية إذا دامت خمس عشرة سنة ولم يكن الشركاء قد اتفقوا من قبل على أن المهاياة لا تنقلب إلى قسمة نهائية . وقد سبق تفصيل القول في ذلك (١) ، وتكتفى هنا بالإشارة إلى أن المهاياة المكانية التى انقلبت إلى قسمة نهائية ليست بقسمة اتفاقية . فلا يجوز نقضها للغير كما تنقض القسمة الاتفاقية . وهى فى الوقت ذاته ليست بقسمة قضائية ، وإنما هى قسمة وقعت بحكم القانون .

أما القسمة الفعلية (partage de fait) فهى قسمة اتفاقية . يجوز نقضها للغير . والقسمة الفعلية تقوم على اتفاق بين الشركاء ، ولكنه ليس اتفاقا صريحا ، بل هو اتفاق ضمنى . فيتصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من المال الشائع بعادل حصته ، ثم يبيع نهجه سائر الشركاء ، كل منهم يتصرف فى جزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع . فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له أن تصرف فيه (٢) . ويكتفى

(١) انظر آتفا فقرة ٤٩٢ .

(٢) والمحكمة أن تستخلص الإرادة الضمنية للقسمة الفعلية من ظروف الحال . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد استظهر بما استمرضه من التصرفات الصادرة من الورثة فى أوقات مختلفة ، وما ذكره بعضهم فى عقد صادر منه يبيع بعض ما اختص به من أنه يملك التقدير المبيع بعض المدة الطويلة - استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلقة عن مورثهم ، وأن كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكتسبة للملكية ، ثم رتب على القسمة التى قال بها ، ولو أنها لم تكن بقصد مسجل ، نتائجها القانونية فى حق الغير ، فلم يمول على ما كان من أحد الورثة من رده إلى أحد دائئيه أرضا شائعة لا يملك منها شيئا بمقتضى القسمة ، فإنه لا يكون قد خالف القانون فى شيء . (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٨٨٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبفت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بعض المدة ، مستدلة على ذلك بالبيئة والقرائن ، فهذا الحكم لا يعتبر مؤسسا على التقرير بوقوع تماثل على قسمة بين الشركاء ، ولذلك لا يصح ادعى عليه أنه قد خالف قانونا إذا هو لم يستند إلى دليل كتابي (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٨٨٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم ، إذ قضى بأسبقية المدعى -

في تسجيل هذه القسمة بتسجيل التصرفات المتابعة التي قام بها الشركاء متعاقبين .
وفي نقض هذه القسمة للذين تكون العبارة في تقدير قيمة الشيء بوقت إبرام
التصرف الأخير ، إذ أن القسمة الفعلية لم تتم إلا وقت إبرام هذا التصرف (١) .

٥٤٢ - للشركاء اختيار طريقة القسمة الوضائية : وقد رأينا (٢) أن
المادة ٨٣٥ مدني تنص على أن : للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتصروا
على المال الشائع بالطريقة التي يرونها فللشركاء إذن اختيار الطريقة التي تتم
بها القسمة الاتفاقية . فقد يختارون أن تكون القسمة عينية ، ويفرزون نصيب
كل منهم عينا في المال الشائع . وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل : أو تكون
بغير معدل . وقد يختارون أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب ، أو أن
تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال في الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم
في المال الباقي ، أو يفتقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيباً لأحدهم
ويستمر الباقيون في الشيوع فيما بقي من المال بعد التجنيب .

— إلى الزراعة المحجوز عليها ما عدا المقدار الخاص بشريكه الحاجزة وبإلناؤه الحيز المتوقع على حصة
شائعة في محصولات جميع الأعيان وبإلزامها بالتعويض ، قد استخلص استخلاصاً سائفاً أن القسمة
بين الشريكين حصلت فعلاً وأن الحاجزة علت بها وأقرتها ، وبين من ناحية أخرى وجه الضرر
الذي قضى بالتعويض من أجله ، فإن هذا كاف ولا يكون الحكم قد شاب القصور (نقض مدني ٢٦
أكت بر سنة ١٩٥٠ حوطة المكتب الفني في حصة وعشرين عاماً ٢ ص ١١٤٩) .

وقضت محكمة النقض ، من جهة أخرى ، بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قرر عدم حصوله
قسمة في المقدار المشفوع به ، قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلاً سائفاً من أن الأعمال
المادية — التي أنهتها غير الدعوى — استحدثت ميان بالمنزل — غير قاطعة في إفادة هذا المعنى ،
ووجدت في تقرير الخبير وأوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها ، فإن النص على الحكم بالقصور
يكون في غير محله (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ حوطة المكتب الفني في حصة وعشرين عاماً ٢
ص ٩٥٥) .

ونظر أيضاً نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ حوطة عمر ٤ وتم ١٧٧ ص ٥٠٣ —
استئناف مخطئ ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٦ — ١٥ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٥١ ص ٣٨٤ —
١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٥ — ١٠ يونيو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٤٦ — ٢٠ مايو
سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢١ — ٢٨ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣٥ — ونظر عبد المنعم
لإبراهيم ققرة ١٥٤ — حسن كيرة ققرة ١٤٠ .

(١) إسماعيل غانم ققرة ٩١ ص ٢١٥ .

(٢) انظر كيتا ققرة ٥٤٠ .

وقد يختارون القسمة بطريق التصفية : وبخاصة إذا كان يتعلق قسمة المال عينا . ويتفقون على بيع المال الشائع ، كله أو بعضه ، في المزاد . ويقسمون ثمنه ، وما عسى ألا يباع من المال يبقى شائعا فيما بينهم أو يقسمونه عينا . وقد يختارون البيع بالمزايدة إذا أجمعوا على ذلك ، فليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد إلا إذا اختلفوا . وإذا باعوا المال الشائع بالمزاد ، فقد يتفقون على ألا يدخل المزاد إلا شريك منهم . وإذا لم يتفقوا على ذلك جاز للأجنبي أن يدخل في المزاد . وفي جميع الأحوال إذا رسا المزاد على أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعا لا قسمة . أما إذا رسا على أحد الشركاء فإنه يعتبر قسمة تصفية .

٥٤٣ - وجود قاصر أو محجور عليه أو غائب بين الشركاء : فإذا كان بين الشركاء قاصر أو محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه أو كان فيهم غائب ، فقد أوجبت المادة ٨٣٥ مدني كما رأينا مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون . والقانون هنا هو قانون الولاية على المال ، وقد وردت فيه نصوص خاصة بالقسمة إذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو كان فيهم غائب .

فقد نصت المادة ٤٠ من هذا القانون على ما يأتي : « على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .. » . ونصت المادة ٧٩ من نفس القانون على أن « يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى في شأن قسمة مال القاصرين من أحكام » .

ويتبين من النصوص سالفة الذكر أن إجراء القسمة اعتبر أمرا له خطره ، فخرج عن أن يكون عملا من أعمال الإدارة المعتادة ، وألحق بالتصرفات (١) . ومن ثم اشترط القانون فيه ألا يستقل به الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب ، بل يجب على أي من هؤلاء أن يحصل على إذن من المحكمة كما هو الأمر في

(١) قارن استئناف مخطوط ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٧ (وقد أجاز المحكم لناظر القوقف طلب القسمة باعتبار أن القسمة لا تعتبر من أعمال التصرف) .

شأن أعمال التصرف^(١). أما الولي ، فلائنه يملك بوجه عام أن يستقل بأعمال التصرف لا يستأذن فيها المحكمة ، فقد أعنى في القسمة من الحصول على هذا الإذن وجاز له أن يستقل بها^(٢). وإذا طلب الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب إذن المحكمة في القسمة الاتفاقية ، فعلى المحكمة أولا أن تقر ما إذا كانت هذه القسمة في مصلحة المحجور ، ولها أن ترفض القسمة الاتفاقية وتقرر أن تكون القسمة قضائية . فإذا ما قلرت أن القسمة الاتفاقية في مصلحة المحجور ، فعليها أن تعين الأسس التي تجري عليها هذه القسمة والإجراءات التي يجب اتباعها فيها . وإذا تمت القسمة الاتفاقية على مقتضى هذه الأسس وعوجب هذه الإجراءات ، فعلى الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب أن يعود مرة ثانية إلى المحكمة ليعرض عليها القسمة التي تمت ، فإذا استوثقت المحكمة من أن الأسس التي وضعها قد التزمت ، ومن أن الإجراءات التي رسمها قد روعيت ، وتثبتت بوجه خاص من عدالة القسمة في ذاتها ، فلها تأمر بإفادها . ولها في جميع الأحوال ، حتى في هذه المرحلة ، أن تقرر للعدل عن القسمة الاتفاقية إلى القسمة القضائية إذا لم تطمئن إلى القسمة الاتفاقية التي تمت^(٣).

(١) وقد كان التقنين الملغى السابق (٥٤٩/٤٥٢ م) لا يكتفى بإذن المحكمة ، بل يوجب ، على غرار القانون الفرنسي ، أن تكون القسمة قضائية . وإلى هذا الحكم أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي إذ تقول : « أما إذا لم ينقذ الإجماع فيما بينهم ، أو كان فهم من هو ناقص الأهلية ، وجب اتباع إجراءات القسمة القضائية » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٠٥) . وغنى عن البيان أن المذكرة الإيضاحية قد أعطت إذ نسبت الحكم الذي كان معمولاً به في التقنين الملغى السابق إلى التقنين الملغى الجديد . انظر عبد المنعم اليدرأوى فقرة ١٥٣ ص ١٨٤ - إسمايل غانم فقرة ٨٩ ص ٢٠٨ هامش ١ .

(٢) وهذا الحكم لا شك فيه إذا كان الولي هو الأب ، وقد أطلقت يد الأب في التصرف في مال ابنه فيما عدا قيودا ليست القسمة من بينها . أما إذا كان الولي هو الجد ، فقد نصت المادة ١٥ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للجد ، بنير إذن المحكمة ، التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إسمائها » . فنجع الجد من التصرف إلا بإذن المحكمة ، فإذا أحقنا القسمة بأعمال التصرف ، وجب على الجد الحصول على إذن المحكمة في قسمة مال الصنير . (٣) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال . وقد قضت محكمة التقص بأن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه ، وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد

٥٤٤ - وجوه الطعن في القسم الاتفاقي : ولما كانت القسمة الاتفاقية ، كما قلنا ، عقداً تسرى عليه أحكام سائر العقود ، فإن وجوه الطعن فيها هي نفس وجوه الطعن في العقد .

فقد يظن في القسمة الاتفاقية بالبطان المطلق ، كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث ، فهذا العقد يكون تعاملاً في تركه مستقبلاً ، ومن ثم يكون باطلاً ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يظن فيه بالبطان^(١) .

وقد يظن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية . فإذا كان أحد الشركاء قاصراً مثلاً ، ولم تراع الإجراءات التي أسلفنا ذكرها في القسمة^(٢) ، جاز لنا الشريك أن يطلب إبطال القسمة وفقاً للقواعد العامة^(٣) .

وقد يظن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة . فإذا وقع الشركاء مثلاً في غلط جوهرى في قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة ، فقدت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير ، جاز للشريك الذى وقعت في نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من قيمتها ، أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها ، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط^(٤) .

١ - القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذاً في حق ناقص الأهلية . وإذا كان البطان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة الناصرون في حكمه حتى لا يتعاضد الوصى أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطان يكون نسبياً لا يحتاج به إلا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه من الرشد إن كان قاصراً أو عند رفع الحجب عنه إن كان محجوراً عليه تنتازل من التمسك بهذا البطان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٤ ص ١٣١) .

(١) انظر ألفا فقرة ٥٣٧ .

(٢) انظر ألفا فقرة ٥٤٣ .

(٣) نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٩٥ - ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٤ ص ١٣١ .

(٤) وكثيراً ما يبنى نقض القسمة للذين عن إبطال القسمة للغلط في قيمة المال الشائع . وإلى هذا تشير المناقشات التي دارت في لجنة مجلس الشيوخ في شأن المادة ٨٤٥ مدنى المتعلقة بنقض القسمة للذين ، فقد قيل في هذه اللجنة : « فالنقص هنا واجب لأنه يحسب المتناقص الذى يقع في الخطأ (الغلط) (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٢٩) . ولكن يوجد مع ذلك فروق ما بين نقض القسمة للذين -

كذلك يجوز طلب إبطال هذه القسمة للتدليس^(١) أو للإكراه . أما الغبن ، فقد أفرده القانون بأحكام خاصة لأهميته في القسمة ، فننظر الآن للكلام في نقض القسمة الاتفاقية للغبن .

٢٤ - نقض القسمة الاتفاقية للغبن

٥٤٥ - نص قانوني : تنص المادة ٨٤٥ مدني على ما يأتي :

١ - يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعي عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من تجديد ، إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيلاً . ما نقض من حصته^(٢) .

= وإبطال القسمة الغلط . فالغلط أولاً لا يقتصر على الغلط في القيمة ، بل يتناول أيضاً الغلط في صفة جوهرية في الشيء ، أو في الشخص أو في الباعث ، فهو من هذه الناحية أوسع من الغبن . وفيما يتعلق بالغلط في القيمة ، لا يشترط فيه نصاب معين كما اشترط الخمس في الغبن ، ومدة رفع الدعوى في الغبن سنة واحدة منذ القسمة وهي ثلاث في الغلط منذ اكتشافه . ومنها يمكن من أمر ، فإذا وقع في القسمة غلط جوهرى ، ولكن المتقاسمين الآخرين أبدوا استئذانهم لتلاقي نتائجها بإبراء قسمة تكميلية مثلاً أو بتوصيف ، لم يكن لمن وقع في الغلط الإصرار على إبطال العقد ، عملاً بأحكام المادة ١٢٤ مدني . انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٠ ص ٢١٠ هامش ٢ . وانظر في جواز إبطال القسمة لغلط نقض مدني ١.١ مايو سنة ١٩٤٤ حوجة ح ٤ رقم ١٣٣ ص ٣٦٢ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بإبطال عقد قسمة أرض رسا مزادها حل للمتقاسمين ، لما شاب رضاه أحد طرفي القسمة من تدليس ، بأنها ذلك على ما ثبت من أن الطرف الآخر استصدر هذا العقد في أثناء قيام دعوى الملكية المرفوعة منه حل الوقت الذي كان يرى استحقاق بعض هذه الأرض ، ويبد أن أدرك من مراجعة مستندات الوقت ما يدخل من هذه الأرض في ملكيته وما يخرج عنها ، وأنه أغنى هذا عن قسيمه ، بل ألهمه غير ما علم كي يختص به في عقد القسمة بما يخرج منطه عن ملك الوقت ويختص قسيمه بما سيكون ماله الاستحقاق ، ففي هذا الذي أثبتته المحكمة ما يمكن لاعتباره حيلة تقصد رضا من خدع بها (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجوعة أحكام النقض ١ رقم ١٨ ص ٦٤) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢١٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، فيما عدا أن مقدار الغبن في الشروع التمهيدي كان الربع -

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق^(١).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٩٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧٧ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٧ و ٩٤٩ و ٢١٤^(٢).

ولا الخمس . وفي لجنة المراجعة عدل مقدار الثمن إلى الخمس ، ووافقت اللجنة على النص مدلا على هذا الوجه تحت رقم ٩١٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، اعترض على النص بأنه « مادامت القسمة قد تمت بالتراضي فلا يجوز الرجوع فيها بسبب الثمن ، إذ لا يجب أن تعرض المعاملات للفسخ بسببه » . فأجيب بأن « الغرض من القسمة بالتراضي هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، فإذا لم تتحقق غالبية من تحقيقها ، فالنص هنا واجب لأنه يحسم المتقاسم الذي يقع في الخطأ » . وعندئذ اقترح رفع نسبة الثمن من الخمس إلى الربع ، فلم توافق اللجنة على ذلك ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٨٤٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٧ - ص ١٣٠) . وعندئذ اقترح رفع نسبة الثمن من الخمس إلى الربع ، فلم توافق اللجنة على ذلك ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٨٤٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٧ - ص ١٣٠) .

(١) فلم يكن هناك ما يميز نقض القسمة للثمن ، وكان يفنى عن الثمن في هذه الحالة الغلط في قيمة الشيء . ومع ذلك كان القضاء المختلط يميز نقض القسمة للثمن : استئناف مخطوط ٢١ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٥ - ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٦٥ - ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٦ - ١٦ يوليو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢١ - ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني لا وني م ٧٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧٧ : ١ - يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه ضياع فاحش ، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء التهمة . والدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكل للدعى فقداً أو عينا ما نقص من حصته . ٢ - يعتبر الثمن فاحشاً متى كان على قدر ربع العشر في الدرهم ، ونصف العشر في العروش ، والبشر في الحيوانات ، والخمس في العقارات .
(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن مقدار الثمن في المنتقل في التقنين العراقي يتفاوت باختلاف نوع المنقول ، وفي أن مدة رفع الدعوى ستة أشهر في التقنين العراقي بدلا من ستة في التقنين المصري) .

ويلاحظ أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية ، أما القسمة القضائية فلا يجوز الطعن فيها بالغبن إذ المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات الواجبة التي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة فيما بينهم^(١) . ويخالف التقنين المدني الفرنسي (م ٨٨٧ - ٨٨) التقنين المدني المصري في ذلك ، فالتقنين الفرنسي يبيح نقض القسمة للغبن ، ولو كانت قسمة قضائية .

٥٤٦ - الضيق في ذاته عيب في عقد الفسرة يميز قسرها : إذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون ، فهذا في ذاته عيب يجعل عقد القسمة قابلاً للنقض ، أي قابلاً للإبطال . وليس من الضروري أن يصحب الغبن تدليس أو غلط ، كما أنه ليس من الضروري أن يكون الغبن نتيجة لاستغلال طيش بئس أو هوى جامع في الشريك المغبون . فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال ، بناء على طلب الشريك المغبون . ويرتب على ذلك أن للشريك المغبون أن يميز عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن ، فيصبح

= قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٧ : لا يجوز إبطال القسمة ، سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية ، إلا بسبب الغلط أو الإكراه أو الخداع أو الغبن . م ٩٤٩ : إن إبطال القسمة للأسباب التي فيها القانون يرجع كلا من المتقاسمين إلى الحال التي كان عليها من الوجهة القانونية والعملية عند حصول القسمة ، مع مراعاة الحقوق التي اكتسبها شخص ثالث حسن النية وفقاً للأصول ومقابل بدل - ويجب أن تقام دعوى الإبطال في السنة التي تلي القسمة ، ولا تقبل بعد انقضائها .

م ٢١٤ : إن الغبن لا يفسد في الأساس رضا المغبون . ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المغبون قاصراً . ثانياً - إذا كان المغبون راشداً وكان الغبن خاسماً ، الأول أن يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة ، والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة المغبون . ويمكن ، إلى الدرجة المبنية فيما تقدم ، إبطال عقود التفرز نفسها بسبب الغبن .

(ويتبين من مجموع هذه النصوص أن القانون اللبناني لا يميز نقض القسمة لغبن إلا إذا كان للشريك قاصراً ، أما إذا كان بالغاً فيشترط لنقض القسمة أن يكون الغبن فاحشاً وأن يكون قد استغل في الشريك المغبون ضيق أو طيش أو عدم خبرة : وترفع دعوى الغبن في القسمة في خلال سنة من تمامها) .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « أما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن ، لأن المفروض في هذه القسمة أن كل الاحتمالات قد اتخذت لمنع الغبن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

للعقد بعد الإجازة غير قابل للنقض^(١) . وتكون هناك إجازة ضمنية إذا تغلّب الشريك المغبون عقد القسمة. تنفيذاً اختيارياً بعد علمه بالغبن الذى لحق به ، كأن دفع المعدل الذى التزم بدفعه أو تسلمه إذا كان هو الدائن به ، أو تسلم المال المقرض الذى وقع فى نصيبه راضياً ولو لم تنقضى السنة التى يجب أن يرفع فى خلالها دعوى الغبن ، أو تصرف فى هذا المال المقرض بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضاء بما قسم له والنزول عن دعوى النقض للغبن .

والغالب فى العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط فى قيمة الشيء ، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلاً للإبطال للغلط إذا توافرت شروطه ، وكذلك قابلاً للنقض إذا توافرت شروط الغبن . أما الخطأ فى الحساب (erreur de calcul) ، فلا يكون سبباً للإبطال للغلط ، ولا للنقض للغبن ، ولكن يجب تصحيحه ولو كان الغبن الذى ترتب عليه الخمس أو أقل^(٢) . وقد يقع الغبن دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه ، كما إذا استحق جزء من المال الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء ، فيصبح الجزء الباقى أقل من أربعة أخماس ما يستحقه هذا الشريك . فعند ذلك يستطيع الشريك المغبون أن يرجع على باقى الشركاء بالغبن ، حتى لو كان سبب الاستحقاق قد استبعد فى عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان^(٣) .

ويجوز نقض القسمة للغبن ، ولو نشأ الغبن من أن أحد الشركاء فرض عليه أن يدفع معدلاً لشريك آخر فتبين أنه معسر وقت القسمة ، وترتب على إعساره أن لحق غبن بالمقدار الذى حدده القانون الشريك الدائن بهذا المعدل كذلك يجوز للوارث الذى وقع فى نصيبه دين للتركة ، وتبين أن المدين كان معسراً منذ القسمة ، أن ينقض القسمة للغبن إذا ترتب على إعسار المدين أن لحق الوارث غبن بالمقدار الذى حدده القانون^(٤) .

(١) ولا يصير الشريك المغبون يراً لعقد القسمة إذا هو نزل ، فى عقد القسمة نفسه ، عن حقه فى نقضه لغبن (بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٦٧) .

(٢) بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤١ ص ٧٤١ .

(٣) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٥١ وفقرة ٣٦٣ - بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٣ - عكس ذلك لوران ١٠ فقرة ٤٤٧ وفقرة ٤٥٥ .

(٤) بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٤ .

ولكن لا يجوز نقض القسمة للغبن إذا كان الشريك يعلم وقت القسمة بالغبن ، وقد رضى به وغاء الالتزام طبعى في ذمته لشريك آخر ، أوهبة منه لهذا الشريك^(١) .

٥٤٧ - مقدار الغبن وكيفيه حساب : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدني تنص على أنه « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة » . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٤٥ مدني يشترط في الغبن أن يزيد على الربع لا على الخمس ، وذلك أسوة بمقدار الغبن في القسمة في القانون المرنسى . ولكن لجنة المراجعة عدلت مقدار الغبن إلى الخمس أسوة بالغبن في بيع عقار القاصر ، ولأن الخمس هو المقدار المألوف في الغبن في الشريعة الإسلامية^(٢)

ولمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن في القسمة ، يجب تقدير المال الشائع محل القسمة ، وتقدير نصيب كل من الشركاء في هذا المال . وتقدر قيمة المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء ، ولا يعتد بالتقدير الوارد في عقد القسمة^(٣) ثم تقدر قيمة نصيب كل شريك في هذا المال الشائع . فإذا فرضنا أن قدرت قيمة المال الشائع بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه ، وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية كان الواجب أن تكون قيمة النصيب المفرز لكل شريك ١٠٠٠ جنيه ، ويجب حتى يعتبر الشريك مغبوناً في هذه القسمة ، أن تنزل قيمة المال المفرز الذي وقع في نصيبه عن أربعة الأخماس حتى يكون مغبوناً في أكثر من الخمس ، أى يجب أن تكون قيمة المال الذي وقع في نصيبه أقل من ٨٠٠ جنيه . أما إذا كانت هذه القيمة ٨٠٠ جنيه أو أكثر ، فإنه لا يجوز له أن ينقض القسمة للغبن . فإذا فرضنا أن أربعة من خمسة الشركاء كانت قيمة نصيب كل منهم ٨٠٠ جنيه ، فيكون مجموع أنصبة الأربعة ٣٢٠٠ جنيه ، وأخذ الشريك

(١) بودى وقال في المواريث ٣ ققرة ٣٤٤٢ .

(٢) انظر آنفاً ققرة ٥٤٥ ص ٨٩٩ هامش ٢ .

(٣) ديمولومب ١٧ ققرة ٤١٨ - لوران ١٠ ققرة ٤٩٩ - بودى وقال في المواريث ٣

الخامس الباقي أى أخذ ١٨٠٠ جنيه ، فبالرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس نصيب كل من الشركاء الأربعة لا يجوز لأى من الشركاء الأربعة أن يطلب نقض ونصيب كل للغن ، لأن الغن الذى أصاب كلا من الشركاء الأربعة لا يزيد على الخمس^(١) .

والعبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة . فبعد بوقت القسمة فى تقدير قيمة المال الشائع ، وفى تقدير قيمة نصيب كل من الشركاء . فإذا كانت قيمة نصيب أحد الشركاء وقت القسمة هى مبلغ معين ، فلا يعتد بأى أمر يحدث بعد القسمة ويزيد من هذه القيمة كتحسن الصقع ، أو ينقص منها كانهماض أسعار الأوراق المالية أو إعسار شريك فى ذمته معدل لشريك آخر إذا كان هذا الإعسار قد حدث بعد القسمة لا وقتها .

ويعتبر الشريك مغبونا إذا كان مجموع ما أصابه من الغن يزيد على الخمس كما قلنا ، فلا يعتد بما لحقه من الغن فى كل عين من الأعيان التى وقعت فى نصيبه . فلو وقع فى نصيب أحد الشركاء دار قيمتها الحقيقية ١٠٠٠ جنيه لكنها قدرت بمبلغ ١٥٠٠ جنيه فكان مغبونا فى هذه الدار بمقدار ٥٠٠ جنيه ، ووقع فى نصيبه أيضاً أرض قيمتها الحقيقية ١٢٠٠ جنيه ولكنها قدرت بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، فإن ما كسب فى الأرض وهو ٢٠٠ جنيه يستزل مما خسر فى الدار وهو ٥٠٠ جنيه . ويكون ما لحقه من الغن هو ٣٠٠ جنيه فقط ، فإن كان هذا المقدار لا يزيد على الخمس لم يستطع الشريك أن ينقض القسمة للغن .

٥٤٨ - أنواع القسمة التى يجوز فيها النقض للغن : قدما^(٢) أن

نقض القسمة للغن إنما يكون فى القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية . وأية قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض العقد للغن على الوجه الذى بسطناه . فيجوز نقض القسمة للغن ، إذا كانت القسمة الاتفاقية قسمة عينية ، بمعدل أو بغير معدل ، قسمة كلية أو قسمة جزئية . وكذلك يجوز النقض للغن ، حتى لو تمت القسمة الاتفاقية بطريق التصفية ، والذى يعتد به هنا ليس هو الغن الذى يقع فى بيع المال الشائع إذا كان المشتري أجنبياً ، وإنما هو الغن

(١) بودرى وقال فى المواريث ٣ ققرة ٣٤٤٧ .

(٢) انظر آنفا ققرة ٥٤٥

في قسمة الثمن بين الشركاء . ولكن إذا كان المشتري في قسمة التصفية هو أحد الشركاء ، فإنه يعتا. بالغبن الذي يقع في البيع ، لأن البيع في هذه الحالة يعتبر قسمة كما قدما . فإذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء بأقل من أربعة أخماس القيمة ، وقسم الثمن بين الشركاء فكان نصيب كل منهم — فبما عدا الشريك المشتري — أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية ، كان لكل من هؤلاء الشركاء طلب نقض القسمة للغبن .

وإذا تجزأت القسمة إلى عدة عقود وقع كل عقد منها على جزء من المال الشائع ، فإن الغبن ينظر فيه إلى مجموع هذه العقود لا إلى كل عقد على حدة . فلو غبن أحد الشركاء في بعض هذه العقود ، ولكنه في العقود الأخرى نال نصيباً أكثر مما يستحق بحيث إن الغبن الذي لحقه في مجموع العقود لا يزيد على الخمس ، فإنه لا يحق له طلب نقض القسمة للغبن ، أما إذا كان الغبن يزيد على الخمس ، فإنه يجوز له نقض العقود جميعها ، ما زاد الغبن فيه على الخمس وما لم يزد ، لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة كلية واحدة . وقد تأخذ القسمة الاتفاقية صورة عقد بيع أو عقد مبادضة أو عقد صلح أو غير ذلك من العقود ، وفي جميع هذه الأحوال يعتد بحقيقة العقد لا بصورته ، فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض القسمة للغبن .

ولكن إذا كان العقد الذي يراد به القسمة هو عقد احتمالي ، لم يجوز نقضه ، إذ أن العقود الاحتمالية تأتي طبيعتها أن تنقض للغبن . فلو أن داراً شائعة بين شريكين قسمت بينهما على أن تخلص ملكية الدار لأحد الشريكين ، ويرتب هذا الشريك للشريك الآخر إيراداً مرتباً طول الحياة في مقابل حصته في الدار ، أو يرتب له على الدار كلها حق انتفاع يبقى مدى حياة المنتفع ، فإن عقد ترتيب الإيراد المرتب مدى الحياة أو عقد ترتيب حق الانتفاع مدى الحياة عقد احتمالي ، ومن ثم لا يجوز الطعن في هذه القسمة بالنقض للغبن .

٥٤٩ — دعوى نقض القسمة للغبن : فإذا ما تحقق الغبن في القسمة الاتفاقية على النحو الذي بسطناه ، جاز رفع دعوى نقض القسمة ، حتى لو كان المال المقسوم منقولاً ، بخلاف البيع فيشترط بلجواز الطعن فيه للغبن أن يكون البائع غير متوافر الأهلية وأن يكون المبيع حقاراً .

والمدعى في هذه الدعوى هو الشريك الذى لحقه الغبن ، فإذا كان بعض الشركاء قد لحق بهم غبن دون بعض آخر ، فلا يستطيع الشريك الذى لم يلحقه غبن رفع الدعوى . وتنتقل دعوى الغبن من الشريك الذى لحقه الغبن إلى وراثته ، فيجوز للوارث بعد موت مورثه أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها . ويجوز كذلك لدائن الشريك الذى لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه ، طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

والمدعى عليه في دعوى الغبن هم سائر الشركاء ، لأن دعوى الغبن تروى إلى إبطال القسمة الاتفاقية ، وهذه قد تمت بتراضى جميع الشركاء .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « يجب أن ترفع الدعوى في خلال السنة التالية للقسمة » . ونظير ذلك ما رأيناه في دعوى الغبن للاستغلال من أنها هي أيضاً يجب أن ترفع في « خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة » (م ٢/١٢٩ مدنى) . فالسنة في الحالتين ميعاد إسقاط (délai de déchéance) ، لا ميعاد تقادم (délai de prescription) ، وذلك بخلاف المدة التى يجب أن ترفع في خلالها دعوى الغبن في بيع عقار غير متوافر الأهلية فالنص صريح في أن المدة هي مدة تقادم إذ تنص المادة ٤٢٦ / ١ مدنى على أن « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع » . ومن ثم تكون السنة التى يجب أن ترفع في خلالها دعوى نقض القسمة للغبن هي ميعاد لرفع الدعوى ، لا مدة للتقادم . وتبدأ السنة من وقت تمام عقد القسمة الاتفاقية ، وتحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ مدنى) . فإذا انقضت السنة ، سواء علم الشريك المغبون بالغبن أو لم يعلم ، دون أن يرفع هذا الشريك دعوى نقض القسمة ، ورفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غير مقبولة . والفرق بين ميعاد الإسقاط الذى نحن بصدده ومدة التقادم أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف ، بخلاف مدة التقادم فترد عليها الانقطاع والوقف . وععباً لإثبات الغبن الذى يزيد على الخمس يقع على عاتق المدة ، أى الشريك المغبون ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية . والغالب في العمل أن تعين المحكمة خبيراً لتقدير

قيمة المال الشائع وقت القسمة ، ولتقدير قيمة المال المقرض الذى وقع في نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضاً ، وبمقارنة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة .

ومضى ثبت للقاضى وقوع غبن للمدعى يزيد على الخمس ، على النحو الذى بسطناه ، فإنه يتبين عليه أن يقضى بنقض القسمة ، أى بإبطالها . ففى دعاوى الإبطال ، على خلاف دعاوى الفسخ ، لا يملك القاضى سلطة تقديرية ويتحتم عليه أن يقضى بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال .

٥٥٠ — الآثار التى ترتب على نقض القسمة للغبن : إذا نقضت

القسمة الاتفاقية للغبن ، بطلت واعتبرت كأن لم تكن . وعادت حالة الشيوع التى كانت قد زالت بالقسمة قبل إبطالها ، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعاً بينهم منذ بدأ الشيوع وكأنه لم ينقطع . فيجوز إذن لأي شريك أن يطلب القسمة من جديد ، سواء فى ذلك الشريك المغبون الذى نقض القسمة أو أى شريك آخر لم يطلب نقضها . ويجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت أول مرة وعندئذ يجوز نقضها هى أيضاً للغبن على الوجه الذى بيناه ، كما يجوز أن تكون قسمة قضائية وعندئذ لا يجوز نقضها للغبن .

ونقض القسمة للغبن له أثر رجعى كما قدمنا ، فتسقط تصرفات الشركاء فى الأموال المقرضة التى وقعت فى نصيبهم نتيجة للقسمة ، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التى ترتبت للغير طبقاً للقواعد المقررة فى شأن أثر إبطال العقد فى التصرفات الصادرة للغير . أما أعمال الإدارة فتنبى محظوظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

٥٥١ — قاضى نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون :

قدمنا^(١) أن المادة ٢/٨٤٥ مدنى تنص فى شأن دعوى الغبن على أن « للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكل للمدعى تقدراً أو عينا ما نقص من حصته » .

وبلاحظ أن هناك حالتين أخريين يناظران تفادى نقض القسمة بإكالم نصيب الشريك المغبون . (الحالة الأولى) حالة الغبن عن طريق الاستغلال ، ففيها يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته . وإنقاص الالتزامات هنا ليس ضروريا أن يكون بحيث يرفع أى غبن عن المتعاقد المغبون ، بل يكفى أن يرفع عنه الغبن الفاحش^(١) . وكذلك يجوز للمدعى عليه فى عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الإبطال « إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » (م ١٢٩ / ٣ مدنى) . ولا يشترط أن تكون الزيادة التى يعرضها المدعى عليه لتوقى دعوى الإبطال « بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء » ، بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحملة البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش^(٢) . (والحالة الثانية) حالة الغبن فى بيع عقار من لا توافر فيه الأهلية ، فقد نصت المادة ٤٢٥ / ١ مدنى على أنه « إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، لقد نصت المادة ٤٢٥ / ١ مدنى على أنه « إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل » .

فى الحالتين المتقدمتى الذكر من حالات الغبن ، لا يعرض الطرف إلا بما يرفع عنه الغبن الفاحش ، وهو عادة ما يزيد على الخمس فيكفى أن يرتفع الغبن بحيث يصبح غير زائد على الخمس ، وليس من الضرورى أن يرتفع الغبن بناتا . أما فى الحالة التى نحن بصددنا ، وهى حالة نقض القسمة للغبن ، فلا يكفى ذلك ، بل يجب إكالم الشريك المغبون ، نقداً أو عينا ، ما نقص من حصته . فيجب إذن ، لتفادى دعوى نقض القسمة ، رفع الغبن بناتا عن الشريك المغبون ، وإعطائه ما يجعل قيمة نصيبه فى القسمة يعادل تماماً حصته الشائعة دون نقص . والسبب فى ذلك أن البيع وأمثاله من العقود تعتبر من عقود المضاربة ، يحتمل فيها الغبن ويتسامح فيه إلى حد معين . أما القسمة فليست من عقود المضاربة ، بل هى عقد يقوم فى أساسه على المساواة ما بين المتضاممين ، فإذا اختلفت هذه المساواة اختلف العقد . وإذا كان القانون قد تسامح فى غبن لا يزيد على الخمس فى بداية الأمر حتى لا تثار المنازعات

(١) الوسيط ١ فقرة ٢١١ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢١٠ .

لأقل غبن يصيب الشريك ، فإنه تشدد متى زاد الغبن على الخمس فأوجب إكمال نصيب الشريك بما يساوى حصته تماماً ، ولم يكتب بإبلاغ نصيب الشريك إلى أربعة الأخماس كما اكتفى في الاستغلال وفي بيع عقار غير كامل الأهلية . وحساب ما نقص من حصة الشريك المغبون يعتد فيه بوقت القسمة ، لا بوقت الدفع ، ويجب أن يضاف إلى ذلك ثمرات هذا الجزء الناقص أو فوائده من وقت القسمة إلى وقت الدفع ، حتى يكون تعويض الشريك المغبون كاملاً .

ولإكمال نصيب الشريك المغبون على هذا النحو يصح أن يكون نقداً أو عينا . فالتقدي يكون بدفع مبلغ من النقود يساوى ما نقص من حصة الشريك المغبون على الوجه الذي سبق بيانه ، وقد يكون الإكمال عينا بأن يدفع إلى الشريك المغبون جزء من المال المقسوم عنه بكل حصته . والخيار بين الدفع نقداً أو الدفع عينا يكون للمدين ، أى للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة للغبن . فإذا عرض المدين الدفع نقداً وقبله الشريك المغبون ، فلا يصح للمدين بعد ذلك العلول عن الدفع نقداً إلى الدفع عينا . والعكس صحيح ، إذا عرض المدين الدفع عينا وقبله الشريك المغبون ، لم يجوز للمدين بعد ذلك العلول إلى الدفع نقداً . ويجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعى في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وأمام محكمة الاستئناف لأول مرة . بل يجوز له العرض حتى بعد صدور حكم نهائي بنقض القسمة للغبن ، وذلك إلى وقت إجراء قسمة جديدة ، فيمنع المدعى عليه تمام إجراء هذه القسمة الجديدة بعرضه إكمال حصة المدعى مضافاً إلى ذلك المصروفات التي تكبدها هذا الأخير بسبب البله في إجراء القسمة الجديدة . ويظهر ذلك من عبارة النص ، إذ تقول المادة ٢/٨٤٥ ملغى في شأن دعوى الغبن ، كما رأينا (١) ، أن « للمدعى عليه أن يقف سببها ويمنع القسمة من جديد .. » . فمنع القسمة من جديد هو الغرض الذي يهدف إليه المدعى عليه من عرضه إكمال حصة المدعى ، فيجوز له هذا العرض إلى ما قبل إتمام هذه القسمة (٢) .

(١) انظر أنفاً فقرة ٥٤٥ .

(٢) انظر في هذا المعنى ديولومب ١٧ فقرة ٤٥٩ - بودرى وقال في المواريث ٣ فقرة

٣٥٥٥ - محمد علي عرفة فقرة ٣٣٥ ص ٤٥٢ .

وإذا تعدد المدعى عليه ، وهذا ما يقع كثيراً في العمل ، فلا بد من أن يتفق هؤلاء جميعاً على مبدأ إكمال حصة المدعى نقداً أو عيناً . فإذا اتفقوا على ذلك ، واختلفوا في مقدار ما يرد إلى المدعى ، تولت المحكمة الفصل في ذلك . أما إذا لم يتفقوا على مبدأ الإكمال نفسه ، فإن من لم يوافق من الشركاء على الإكمال لا يلتزم به . وإذا دفع الشركاء الذين وافقوا على الإكمال ما يكمل نصيب الشريك المغبون كله ، لم يرجعوا على من لم يوافق من الشركاء بشيء^(١) ، ويموز لدائني المدعى عليهم التدخل في دعوى نقض القسمة للغبن ، وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدبنيهم^(٢) .

المطلب الثاني

القسمة القضائية

٥٥٢ - متى يجب أنه يكونه القسمة قضائية : يجب أن تكون القسمة قضائية في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا لم تجمع آراء الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، وأراد أحدهم الخروج من الشيوع ، فليس أمامه إلا أن يلجأ إلى القسمة القضائية ، فيرفع دعوى القسمة (١ / ٨٣٦ م) على التفصيل الذي سنورده فيما يلي .
(الحالة الثانية) إذا انعقد لإجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، ولكن كان فيهم من هو غير كامل الأهلية أو غائب . فقد رأينا أنه يستخلص من المادتين ١ / ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال وجوب أن تكون القسمة قضائية في فرضين : (الفرض الأول) أن يستأذن الوصي أو القيم أو الوكيل من الغائب المحكمة في إجراء قسمة اتفاقية ، فلا تأذن المحكمة ، وعندئذ يعبئ أن تكون القسمة قضائية . (الفرض الثاني) أن تأذن المحكمة مبدئياً في إجراء قسمة اتفاقية ، وعندما يعرض عليها عقد القسمة للتبث من عدالته لا تفره ، وتقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية^(٣) .

(١) ديمولومب ١٧ فقرة ٤٦٩ و فقرة ٤٧١ - هيك ٥ فقرة ٤٧١ - بودرى وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٠٠٦ .

(٢) ديمولومب ١٧ فقرة ٤٦١ - بودرى وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٠٠٧ .

(٣) انظر أنفا فقرة ٥٤٣ - وإذا سير في إجراءات القسمة القضائية لما تم بحول دون -

٥٥٣ - قسمة المهايأة التي تنسب القسمة النهائية - إمامة : ويحدث

أن يتفق الشركاء ، في أثناء إجراءات القسمة القضائية ، على قسمة المال الشائع بينهم قسمة مهايأة تظل نافذة إلى أن تتم القسمة القضائية . بل يجوز ، إذا لم يتفق الشركاء على قسمة المهايأة هذه ، أن يطلب أحد الشركاء ، في أثناء إجراءات القسمة القضائية ، من القاضي الجزئي المختص بإجراء هذه القسمة أن يأمر بقسمة المهايأة إلى أن تتم القسمة القضائية . فيأمر بها القاضي ، وقد يستعين بخبير عند الاقتضاء ، ويطلب أن يكون هذا الخبير هو نفس الخبير الذي يقوم بإجراءات القسمة القضائية . وقد نصت على كل ذلك المادة ٨٤٩ مدني فيما قلدناه^(١) ، وسبق لنا بحث هذه المسألة تفصيلا فنحيل هنا إلى ما قلدناه هناك^(٢) .

٥٥٤ - دعوى القسمة : والقسمة القضائية تكون في صورة دعوى

تسمى بدعوى القسمة^(٣) . ونبحث في صدد هذه الدعوى مسألتين : (١) المخلصوم والمحكمة المختصة . (٢) قسمة التصفية والقسمة العينية .

§ ١ - المخلصوم والمحكمة المختصة

٥٥٥ - المخلصوم في دعوى القسمة - نص قانوني : تنص المادة

١/٨٣٦ مدني على ما يأتي :

« إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية »^(٤) .

القسمة الاتفاقية ، ثم زال المانع كأن اتفق الشركاء بعد أن كانوا مختلفين أو زال المانع من الشريك المجهور ، جاز للشركاء أن يدلوا عن القسمة القضائية إلى القسمة الاتفاقية (أوي دورو ٦٠ - ١٥٤ - ص ١٥٥) .

(١) انظر آتفا فقه ٤٩١ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٤٩٤ .

(٣) ودعوى القسمة لا تسقط بالتقادم . وقد نصت المادة ٨٤٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه « لا يسرى حكم مرور الزمن على دعوى طلب القسمة » .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٢٠٤ من المشروع التمهيد على أنه -

الآتي : « أما إذا اختلف الشركاء ، فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يكلف باقي الشركاء -

ويتبين من هذا النص أنه يجوز لأى شريك ، إذا لم يجمع الشركاء على
القسمه الاتفاقية ، أن يرفع دعوى القسمة ، فيكون هو المدعى . ويجب أن يرفع
الدعوى على سائر الشركاء ، فيدخلون جميعا خصوما في دعوى القسمة^(١) .

= بالحضور أمام المحكمة الجزئية التى تقع في دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، وإن كان المراد
قسمته متقولا فأمام المحكمة الجزئية التى يقع في دائرتها موطن أحد المدعى عليهم . وفى لجنة المراجعة
حذف الشق الأخير من النص ، فأصبح النص مطابقا لمتن عليه في التفتين المدف الجديد ، وصار
رقمه ١/٩٠٧ في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٩٠٥ ، فجلس للشيوع
تحت رقم ١/٨٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٦ - ص ١٠٨) .

ويقابل النص في التفتين المدف السابق م ٥٤٩/٤٥٢ : أما إذا كانوا مختلفين في الرأي ،
أو كان أحدهم ليس فيه أهلية التصرف في حقوقه ، فعل من أراد منهم القسمة أن يكلف بالحضور
جاق شركائه أمام محكمة المواد الجزئية التابع إليها مركز الشركة أو موقع العقار أو أمام المحكمة التابع
لها محل أحد الشركاء إذا كان المراد تسمة متقولا ، وأن يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من
أهل الخبرة لأجل التقويم وتعيين الحصص .

(رالتفتين المدف السابق يتفق مع التفتين المدف الجديد ، فيما عدا أن التفتين السابق كان يوجب
أن تكون القسمة قضائية إذا وجد بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب) .
ويقابل النص في التفتينات المدفية العربية الأخرى :
التفتين المدف السورى م ١/٧٩٠ (مطابق) .

التفتين المدف البنى م ٨٤٥ : إذا اختلفت الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعل من يريد
الخروج من الشيوع أن يقيم دعوى القسمة وفقا لنصوص قانون المرافعات المدنية . (والنص في
مجموعه يوافق نص التفتين المصرى) .

التفتين المدف العراق م ١/١٠٧٢ : إذا لم يتفق الشركاء على القسمة ، أو كان بينهم محجور ، فلشريك
الذى يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة الصالح لإزالته . (ونص التفتين العراق يوافق نص التفتين
المصرى ، فيما عدا أن التفتين العراق يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا كان بين الشركاء محجور) .
قانون المدجبات والمقود البناني م ٩٤٢ : إذا قام نزاع ، أو كان أحد الشركاء لا يملك
حرية التصرف في حقوقه ، أو كان بينهم شخص غائب ، جاز للشريك الذى يرغب في الخروج
من الشيوع أن يطلب من المحكمة إجراء القسمة وفقا لقانون .
(والتفتين البناني يتفق مع التفتين المصرى ، فيما عدا أن التفتين البناني يوجب أن تكون
القسمة قضائية إذا وجد بين الشركاء محجور أو غائب) .

(١) وقد قضت محكمة التقضى بأن اقتضاء الصادر في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية
وترتب عليه حقوقه . إذن فغير سديد القول بأن دعوى القسمة هي مجرد دعوى إجراءات لا تأثير
لصفات المحكوم فيها (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب التقنى في خمسة وعشرين
حاما جزء ٢٠ ص ٨٨٢) . وقضت أيضا بأن الشريك في ملك شائع الذى يتصرف في حصته الشائعة =

وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى^(١)، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم، وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها.

وإذا صدر الحكم في دعوى القسمة دون أن يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوصاً في الدعوى، لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل. ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوصاً أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها، لأن الشريك الذي لم يدخل خصماً هو وحده الذي يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ الحكم في حقه^(٢).

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، حل المشتري محل الشريك وأصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء، وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء. ويترتب على ذلك أن المشتري، وقد أصبح شريكاً في الشيوع، هو الذي له أن يرفع دعوى القسمة، وهو الذي يختصم فيها، دون الشريك البائع^(٣). أما إذا اشترى الأجنبي جزءاً مفزاً من المال الشائع، فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء كما سبق القول^(٤)، ومن ثم لا يعتبر المشتري للجزء المفز شريكاً في الشيوع، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصاصه فيها^(٥).

— بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر مثلاً المشتري منه، متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ٦٣).

(١) استئناف ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٥١.

(٢) نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧.

(٣) وإذا كان المالك الشائع حقاراً، فتحق يصيب المشتري حصة شائعة فيه شريكاً يجب عليه أن يسجل عقده حتى تنتقل إليه الملكية، ولا يمكن أن يرفع دعوى بصدقه التماثل ولو سجل صحيحته (نقض مدني ٢١ أيلول سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٤٩ ص ٣٢٤). ولكن يجوز له، باعتباره دائناً للشريك البائع، أن يعارض في أن تم القسمة بدون تدخله طبقاً لمادة ٨٤٢ مدني (إسمايل غانم قدة ٩٣ ص ٢١٧ هامش ١).

(٤) انظر آتفا قرة ٥٢١.

(٥) انظر آتفا قدة ٥٣١ في الهامش. وانظر محمد كامل د م ص ٢ قرة ١٠٨ — إسمايل

غانم قرة ٩٣ ص ٢١٨ — حسن كيرة قرة ١٤٢ ص ٤٧٩ — عكس ذلك نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ —

وإذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسخ ، جاز لهذا الشريك أن يرفع دعوى القسمة ، وإذا رفعها غيره من الشركاء وجب اختصاصه فيها . ويجب في جميع الأحوال اختصاص الشريك الذي يملك حصته الشائعة تحت شرط واقف ، سواء كان من رفع دعوى القسمة هو الشريك تحت شرط فاسخ أو كان غيره من الشركاء . ولكن الشريك تحت شرط واقف لا يملك أن يرفع دعوى القسمة ، لأنه لا يملك أن يقوم إلا بالأعمال المحفوظة . ورفع دعوى القسمة تخرج عن نطاق هذه الأعمال (١) .

٥٥٦ - المحكمة المختصة : رأينا (٢) أن المادة ١/٨٣٦ منقذ تجعل الاختصاص في دعوى القسمة للمحكمة الجزئية . فالمحكمة الجزئية إذن هي المختصة بدعوى القسمة ، أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التي يراد اقتسامها ، ولو زادت هذه القيمة على نصاب القاضي الجزئي . والمحكمة الجزئية هي المحكمة التي تقع في دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، فإن كان المراد قسمته متقولا فالمحكمة الجزئية المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحد المدعي عليهم (٣) .

ولما جعلت المحكمة الجزئية مختصة ولو زادت قيمة المال الشائع على نصابها ، لأن اختصاصها هذا لا يتناول إلا إجراءات القسمة بصرف النظر عن قيمة المال المراد قسمته ، وللتعجيل بالإجراءات حتى لا تبقى دعوى القسمة مدة طويلة أمام المحاكم .

فالذي تختص به المحكمة الجزئية إذن هو النظر في إفراز نصيب شريك في المال الشائع ، بأن تعين خبيراً عند الاقتضاء لتكوين الحصة ، ولإجراء

١- مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ - ١٣١ - ٢ مايو سنة ١٩٤٠ حوعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ - ٣٠
٢- نيه سنة ١٩٥٥ حوعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١ - ٢٨ يه نيه سنة ١٩٥٦ مجموعة
أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ - محمد علي عرفة قضاة ٣٢٣ . ولكن للشرطي لجزء مفرد ،
بوصفه دائناً للشريك البائع ، أن يدارس في أن تتم القسمة بغير تدخله ، وإذا سجل عقد البيع
قبل رفع دعوى القسمة وجب على الشركاء إدخاله فيها (إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٨ -
ص ٢١٩) .

(١) بوددي وفال في الموارث ٢ فقرة ٢١٦٥ .

(٢) انظر ألفا فقرة ٥٥٥ .

(٣) انظر المشروع التمهيدى المادة ٨٣٦ ألفا فقرة ٥٥٥ ص ٩١١ هامش ٤ .

القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل ، وتقدير هذا المعدل إن وجد ، وتعيين نصيب كل شريك بطريق التجنيب أو بطريق الاقتراع ، وإعطاء كل شريك نصيبه المقرر ، وبإجراء القسمة بطريق التصفية إن تعلقت القسمة العينية ، وبيع المال الشائع في المزايا العلني وقسمة الثمن بين الشركاء ^(١) .

أما ما عدا ذلك من المنازعات التي لا تتعلق بإجراءات القسمة ، كتحسين حصة كل شريك في المال الشائع وأصل ملكيته لهذه الحصة ، والمنازعات المتعلقة بتصرف الشريك في حصته وطول المتصرف له مكانه في دعوى القسمة ، وغير ذلك من المنازعات التي تنور حول القسمة ولا تدخل في إجراءاتها ، فإن المحكمة المختصة بنظرها هي ، وفقا للقواعد العامة ، المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب قيمة النزاع .

فإذا رفعت دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية المختصة ، نظرت هذه المحكمة ما إذا كانت القسمة العينية للمال الشائع غير ممكنة أو كان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع ، وعند ذلك تقضي بأن تكون القسمة بطريق التصفية . أما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع ، فإن المحكمة الجزئية تأمر بإجراء هذه القسمة :

§ ٢ - قسمة التصفية والقسمة العينية

٥٥٧ - قسمة التصفية - نص قانوني : نص المادة ٨٤١ مدني على ما يأتي :

« إذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، يبيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع » ^(٢) .

(١) نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ .
قنا الكلية ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المجامعة ٢١ رقم ٤٢ ص ٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يكتفي بأن يكون النقص في قيمة المال الشائع ، عند القسمة العينية ، نقصا « محسوسا » . وفي لجنة المراجعة أبدلت بمباراة « نقص محسوس » عبارة « نقص كبير » ، وأصبح النص رقمه ٩١٢ في المشروع النهائي . ووافق »

وسرى (١) أن المحكمة ، عندما ترفع إليها دعوى القسمة ، تندب ، إن رأت وحها لذلك ، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان

ـ عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، رأى أحد الأعضاء « إطلاق المزايدة يدخلها الشركاء ، وغير الشركاء حتى تصحق مصلحة جميع الشركاء ، ويمتنع بذلك انتفاعهم على باطل لأضراراً بنيرخ من الشركاء أو الدائنين » . ورد مندوب الحكومة بأن وجه النظر إلى أن قصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع من شأنه « بقاء المال في العائلة » ، أما الدائنون فحقوقهم مكفولة بالمادة التالية « ، وأضاف « أنه مادام جميع الشركاء قد اتفقوا على بيع المال الشائع بينهم فهم وشأنهم ، ولو كان في انتفاعهم هذا ضرر بمصلحتهم ، ما دام لا يس المصلحة العامة » . ووافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٨٤١ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجسته (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١١٦ - ص ١١٧) .

ويقابل النص في التفتين المدنى السابق م ٥٥٤/٤٥٨ : إذا لم يتمكن القسمة عينا ، تباع الأموال بالأوجه المبينة بقانون المرافعات . (ويختلف التفتين السابق عن التفتين الجديد في أمرين : (١) لم يذكر التفتين السابق إلا عدم إمكان القسمة عينا ، أما التفتين الجديد فقد أضاف إمكان القسمة عينا ولكن مع ضرر كبير . (٢) أجاز التفتين الجديد قصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع) .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدنى السوري م ٧٩٥ (مطابق) .

التفتين المدنى الليبي م ٨٤٥ (سبق ذكرها آنفاً فقرة ٥٥٥ في المامش - وقد نظم تفتين المرافعات الليبي قسمة المال الشائع عن طريق بيعة بالمزاد) .

التفتين المدنى العراقى م ١٠٧٣ : ١ - إذا تبين للمحكمة أن المشاع غير قابل للقسمة ، أصدرت

حكماً ببيعه ٢٠ - وفي هذه الحالة تقدر المحكمة ، بناء على مراجعة المدعى أو أحد الشركاء ، بدل المثل بمعرفة أهل الخبرة . فإذا قبل المدعى ببيع حصته بالبدل المقدر ، عرضت المحكمة الشراء على سائر الشركاء ، ولإبداء رغبتهم فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغهم بذلك . فإذا وافق الشركاء كلهم أو بعضهم على الشراء بالبدل المقرر ، يمت الحصة إلى الراغبين بالتساوى فيما بينهم . أما إذا رغب أحد الشركاء في شرائها ببدل أعلى ، فتجرى المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لأعلى مزاد . ٣ - وإذا لم يقبل المدعى للبيع بالبدل المقدر ، أو لم يرغب أحد الشركاء في الشراء ، ويقبى المدعى مصر على طلبه ، يبيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانوناً ، وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه .

(والتفتين العراقى يأخذ بأحكام تختلف عن أحكام التفتين المصرى كما نرى) .

قانون اللوجيات والمقود البنائى م ٦٠٣/٩٤٢ (معدلة بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ :

انظر حسن كبيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدنى البنائى المقارن مذكرات على الآلة لكتابته سنة ١٩٦٥ ص ٢١٧) .

(١) انظر مايل فقرة ٥٥٨ .

المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته (م ٨٣٦/٢ ملغ). فإذا تبين أن المال الشائع لا يمكن قسمته عينا كأن كان فرسا أو خاتما أو سيارة ، أو تمكن قسمته ولكن بإحداث نقص كبير^(١) في قيمته كأن كان دارا إذا قسمت طبقات أحدثت القسمة على هذا الوجه نقصا كبيرا في قيمة الدار ، أو كان أرض بناء لو قسمت لأصبح كل قسم أو القسم الأصغرا يصلح لبناء يستفاد منه استفادة معقولة^(٢) ، فإن المحكمة تقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية (licitation) .

والقسمة بطريق التصفية تكون بيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية ، وقسمة الثمن الذي يرسو به المزاد على الشركاء ، كل بنسبة حصته في المال الشائع . وتصلر المحكمة الجزئية المرفوع أمامها دعوى القسمة حكما بإجراء البيع بالمزايدة ، متى تحققت أن المال الشائع لا يمكن قسمته عينا دون أن يلاحق به نقص كبير في قيمته ، وذلك أيا كانت قيمة هذا المال الشائع ولو تجاوزت القيمة نصاب القاضى الجزئى ، فإن الحكم بإجراء البيع بالمزايدة هنا يعتبر إجراء من إجراءات القسمة تختص به المحكمة الجزئية كما سبق القول^(٣) .

وبياع المال الشائع بالمزايدة ، وفقا للإجراءات التى قررها تقيين المرافعات . وتتلخص هذه الإجراءات ، بالنسبة إلى العقار^(٤) ، فى أن البيع يجرى بناء على قائمة بشروط البيع يودعها من يعنيه التعجيل من الشركاء قلم كتاب المحكمة الجزئية . وتشمل قائمة شروط البيع حكم المحكمة الصادر بالبيع ، وتعيين العقار الشائع (الموقع والحدود والمساحة ورقم القطعة واسم الخوض ورقمه وغير ذلك

(١) ويجب أن يكون النقص كبيرا ، ولا يكفى أن يكون محسوسا (انظر ألفا نفس الفقرة ص ٩١٥ هامش ٢) .

(٢) استئناف تظ ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٧ - ٢ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٣٩ - أو كان المال الشائع مصمما لا يمكن تجزئته (استئناف تظ ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٨) .

(٣) انظر ألفا فقرة ٥٥٦ .

(٤) أما إذا كان المال الشائع متحولا ، فتتج فى يمه لدم إمكان قسمته الإجراءات المقررة لبيع المنقول المحجوز عليه فيما لا يتعارض منها مع النرض المقصود من البيع (محمد على عرفة فقرة ٣٢٩ - إسبايل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥) .

من البيانات التي تفيد في تعيينه ، وشروط البيع والتمن الاساسى الذى تقدره المحكمة الجزئية ، وتجزئة العقار إلى صفقات إذا اقتضت الحال مع ذكر التمن الاساسى لكل صفقة ، وبيان سندات الملكية ، وبيان جميع الشركاء وموطن كل منهم . ويرفق بقائمة شروط البيع ، إلى جانب شهادة ببيان الضريبة وسندات الملكية وشهادة عقارية عن مدة عشر السنوات السابقة على ابتداء القائمة ، صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع . ويخبر قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع كلا من الدائنين المرتين رهنا حيازيا أو رسميا ، وأصحاب حقوق الاختصاص والامتياز ، وجميع الشركاء . ولكل من الشركاء أن يبدى ما لديه من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الاعتراض على القائمة . ويبيع العقار الشائع بالمزايدة طبقا للقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين^(١) ، وللأحكام الخاصة بزيادة العشر^(٢) وإعادة البيع على مسؤولية المشتري المتخلف ، وللأحكام الخاصة بحكم مرسى المزداد^(٣). والأصل أن يسمح للشركاء وغير الشركاء في الدخول في المزايدة ، فإن رسا المزداد على شريك اعتبر البيع قسمة ، وإن رسا على أجنبي ، اعتبر أيضا قسمة فيما بين الشركاء وبيعا في علاقة الشركاء بالراسى عليه المزداد . وقد يفتى الشركاء جميعا على قصر المزايدة عليهم دون السماح لأجنبي في الدخول فيها ، وذلك حفظا للال في الأمانة . ويكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما للشركاء ،

(١) ومن هذه الإجراءات ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٤ مرافعات ، ويستخلص منها أنه إذا لم يتقدم مشتر أجل البيع مع تنقيص عشر التمن الاساسى مرة بعد مرة كلما اقتضت الحال ذلك (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام التقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ - إسمايل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥ حاشى ١) . وقد قضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا حدد القاضي بناء على طلب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع ، وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذى يعلن به أى خصم في أية دعوى ، ولا يكتفى ما ينشر أو يلقى من إعلانات ، وإلا كان حكم مرسى المزداد غير نافذ في مواجهة من لم يعلن من الشركاء (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب التنى في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٨٨٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه في حالة بيع العقار بالمحكمة لتلزم قسمة بين الشركاء ، يجوز لكل أحد استئناف المزايدة بالتقرير بزيادة العشر ، سواء أكان من أرباب الديون المسجلة أو من الدائنين بسند واجب التنفيذ أم لم يكن (نقض مدنى ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب التنى في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٤٧٦) .

(٣) انظر في كل ذلك المواد ٧١٢ - ٧٢١ و ٧٢٣ مرافعات .

لأنهم هم الذين يقدمون مصلحتهم في ذلك ، أما مصلحة الدائنين فكفولة بما لهم من حق الاعتراض والتدخل^(١) . ولا أساس للمصلحة العامة في شيء من ذلك^(٢) . وإذا كان بين الشركاء من هو غير متوافر الأهلية أو غائب ، وجب على نائبه الحصول على إذن المحكمة المختصة بالولاية على المال في قبوله قصر الزيادة على الشركاء ، لأن هذا العمل يتجاوز أعمال الإدارة المعتادة^(٣) . وحتى تم الاتفاق على قصر الزيادة على الشركاء على النحو الذي قلّمناه ، أجمعت الزيادة بين الشركاء وجدّم دون غيرهم ، ويعتبر رسو المزداد هنا قسمة لا بيعاً ، لأن المزداد لابد أن يرسو على أحد الشركاء^(٤) .

٥٥٨ - الفقرة العينية - مراحلها الأربع : فإذا أمكنت قسمة المال الشائع بيننا دون نقص كبير يلحقه ، أمرت المحكمة الجزئية بإجراء القسمة العينية . وهذه القسمة تمر بمراحل أربع :

(المرحلة الأولى) قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيب (م ٨٣٧م / ٢ / ٨٣٧ م) .

(المرحلة الثانية) الفصل في المنازعات (م ٨٣٨ م) .

(المرحلة الثالثة) الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المقرز (م ٨٣٩ م) .

(المرحلة الرابعة) تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم إذا كان بين الشركاء خالف أو كان فيهم من لم تتوافر فيه الأهلية (م ٨٤٠ م) .

(١) وسرى (انظر ما يلي فقرة ٥٦٥) أن الدائنين المارسة في أن يقتصر المزداد على الشركاء دون أن يدخل أجنبي فيه ، خشية من تواتر الشركاء على إرساء المزداد على أحد منهم بشئ جس ، وسما وراء الوصول إلى أهل ثمن يمكن من طريق دخول الأجانب في المزداد .

(٢) انظر المناقشة التي دارت وهذا الشأن في لجنة تجلس للثبوت ألفانفس الفقرة ص ٩١٥ هامش ٢ .

(٣) إسحاق غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع انتهى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ - ويرتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء آثار القسمة ، سواء قصرت الزيادة على الشركاء أو صح بدخول أجنبي ، فيجب تصديق المحكمة الابتدائية التي قتبها محكمة القسمة على هذا الحكم إذا كان يوجد بين الشركاء من هو غير متوافر الأهلية أو غائب (م ٨٤٠ م / ٢ / ٤٠ م) .

قانون الولاية على المال - إسحاق غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٦ - عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٢٨ ص ٤٢٧) .

٥٥٩ - المرحلة الأولى - قسمة المال الشائع إلى حصص أو

التهييب - نصومي قانونية : تنص المادة ٢/٨٣٦ مدني على ما يأتي :
« وتندب المحكمة ، إن رأت وجها للملك ، خبيراً أو أكثر لتقوم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة حيناً دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته » .

وتنص المادة ٨٣٧ مدني على ما يأتي :

١ - يكون الخبير المخصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية ، فإن تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يمنح لكل شريك حصته » .

٢ - وإذا تعلل أن يمنح أحد الشركاء بكامل نصيبه حيناً ، هوذن بمعدل عما نقص من نصيبه (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢/٨٣٦ : ورد هذا النص في المادة ٢/١٢٠٤ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٠٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٠٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٣٦ (مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ١٠٦ - ص ١٠٨) .

م ٨٣٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٥ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٧ (مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ١٠٨ - ص ١٠٩) .

وتقابل المادة ٢/٨٣٦ في التقنين المدني السابق م ٥٤٩/٤٥٢ للمبارة الأخيرة ... وأن يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من أهل الخبرة لأجل التقويم وتعيين المخصص . (والنص موافق) . ولا مقابل في التقنين المدني السابق لنص المادة ٨٣٧ ، ولكن المبدأ كان جارياً على هذا الحكم .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٧٩٠ و ٧٩١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : يحيل إلى تقنين المخصصات المدنية .

التقنين المدني العراقي م ٢/١٠٧٢ و ٢/١٠٧٣ : ٢ - وإذا تبين للمحكمة أن المشاع قابل للقسمة ، قررت إجداً معاً . ويعتبر المشاع قابلاً للقسمة إذا أمكنت قسمة من غير أن تنقوت على أحد الشركاء -

ويستخلص من هذه النصوص أن المحكة الجزئية المرفوع إليها دعوى القسمة تبدأ بتعيين خبير أو أكثر ، إن رأت وجها لذلك . وتكون مهمة الخبير هو أن يبدى رأيا فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته ، أو أنها غير ممكنة . فإن كانت غير ممكنة ، فقد بسطنا فيما تقدم^(١) أن المحكة تجرى قسمة التصفية .

أما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته ، فإن الخبير يبدأ بقسمة المال الشائع حصصا على أساس أصغر نصيب ، إذا كان ذلك ممكنا . ونستوى في ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية ، فإن كانت القسمة جزئية قسم الخبير إلى حصص الجزء من المال الشائع الذى تراد قسمته ، أو جنب نصيب كل شريك في هذا الجزء كما سيأتى ، وترك الباقي من المال على شيوخه دون تقسيم أو تجنب . وقد تكون القسمة جزئية بأن يكون بعض الشركاء هم الذين يريلون التخلّص من الشروع دون الآخرين ، فيفرز الخبير للأوليين نصيبهم ويقسمه إلى حصص أو يجنب لكل شريك نصيبه .

فإذا أمكنت قسمة المال إلى حصص متساوية ، كون الخبير هذه الحصص على أساس أصغر نصيب كما قلنا . وتوضح المذكرة الإيضاحية هذه العملية في شيء من الإسهاب فنقول : « فإذا أمكن قسمة المال حينئذ دون أن يلحقه نقص (كبير) ، وعين خبير لتكوين الحصص ، كونها على أساس أصغر نصيب ، حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريلون

= المنظمة المقصودة قبل القسمة . ٣٠-فإن كان المشاع عقارا ، تملك الأرض وتفرز الحصص على أساس أصغر نصيب ، على أن يراعى فيها الموقع والحدود وجميع الميزات الأخرى . ويراعى كذلك بقدر الإمكان أن تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق . وتعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء أنفسهم ، فإن لم يتفقوا حينئذ الحاكم بمدة خبير . وإذا تمرد أن يختص كل أحد من الشركاء بكامل نصيبه حينئذ ، عوض عما نقص من القيمة بمعدل ولو من التقدود . وتوزع الحصص بالثمة ، وبها يتم القسمة فتصدر المحكة حكما بتأييدها . ٤- وإذا كان المشاع منقولاً ، يفرز إلى حصص متعادلة بالقياس للمتاد اسماله في قياس نوعه ، وتوزع على الشركاء . (وكل هذه التفصيلات لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الواجبات والمقود البنائى م ٣/١٤٢٢ و ١ و ٣ و ٤ و ٥ مدلة بقانون ٢١ كالون الأول - سنة ١٩٥٤ : انظر حسن كيرة في الحق في العينية الأصلية في القانون المدنى البنائى المقارن مذكرات على الآلة الكتابية سنة ١٩٦٥ ص ٢١٦) .

(١) انظر ألفا فقرة ٥٥٧ .

التخلص من الشيوع دون الآخرين ... أما إذا أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب (مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف والثالث والسادس فيقسم المال أسداساً ، أو تكون أنصبتهم هي الثلثان والربع وجزء من اثني عشر فيقسم المال إلى اثني عشر جزءاً ، وهكذا) ، فإن قام نزاع في تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية ... (١)

أما إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص (٢) على الوجه الذي قدمناه ، فإن الخبير يعتمد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزاً في المال الشائع ، وذلك بقدر حصته في هذا المال ، وهذا ما يسمى بالتجنيب (٣) . ويصح أيضاً أن يلجأ الخبير إلى التجنيب ، ولو أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، إذا اتفق الشركاء جميعاً على التجنيب (٤) ، فتجري القسمة بطريق التجنيب إذن في حالتين : إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب ، وإذا لم تعذر هذه القسمة ولكن الشركاء اتفقوا جميعاً على أن تكون القسمة بطريق التجنيب (٥) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ - ١٢٠ . وانظر بيلانول وديبر وبه لأتجه ٣ فقرة ٢٠٧٦ .

(٢) وتعتبر قسمة المال إلى حصص متعذرة إذا كان من شأن تقسيم المال إلى حصص صغيرة الإنقاص من قيمته ، أو اقتضى ذلك إجراءات معقدة ، أو كانت الحصص متباينة بحيث يحتمل أن توقع الفقرة في نصيب أحد الشركاء حصصاً متناثرة (انظر في هذا المنى إسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ١٩١ - ص ١٩٢) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « فإذا لم يتيسر للخبير تفكيك الحصص على أساس أصغر نصيب ، جاز له أن يقيم بطريق التجنيب ، وذلك بأن يمين لكل شريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع يتبادل مع حصته ، وإذا اقتضى الأمر معدلاً يكل نصيب بعض الشركاء حدد هذا المعدل » (حوطة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠) .

(٤) وحتى وافق شريك على التجنيب ، لم يميز له « جوع » . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وافق أحد الشركاء أمام محكمة أول درجة على إجراء القسمة بطريق التجنيب ، فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثاني درجة في هذا ويطلب إجراء القسمة بطريق الفقرة (نقض مذ ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

(٥) فالقسمة بطريق التجنيب لا يشترط فيها إذن اتفاق جميع الشركاء ، بل يكفي أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال إلى حصص بناء على تقرير الخبير حتى يتمكن التجنيب ملزماً لجميع الشركاء ولو لم يوافقوا عليه (انظر في هذا المنى إسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ هامش ١ سعيد النعم فقرة ١٤٨ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ١٩١) .

وسواء قسم الخبير المال إلى حصص أو جنب نصيب كل شريك مفزاً ،
 فقد يقتضى الأمر أن يلجأ الخبير إلى تحديد معدل (soulte) يكمل بعض الحصص
 الناقصة في حالة التقسيم إلى حصص ، أو يكمل نصيب الشريك المفز في حالة
 التجنب . وبيان ذلك أن الخبير قد لا يتمكن ، في تقسيم المال إلى حصص ،
 أن يجعل هذه الحصص متساوية تماماً . فليجأ إلى جعل الحصص متساوية بقدر
 الإمكان ، وإذا اضطر إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من حصص أخرى ،
 قدر مبلغاً من النقود تدفعه الحصص الكبرى إلى الحصص الصغرى حتى تتعادل
 الحصصتان ، ولذلك سمي هذا المبلغ من النقود بالمعدل (soulte) ، كالمعدل في
 المقايضة . فن يقع من الشركاء في نصيبه الحصص الكبرى بطريق القرعة كما
 سيأتى ، يصبح مديناً بهذا المعدل لمن يقع في نصيبه الحصص الصغرى ، وبذلك
 يتساوى صاحب الحصص الصغرى مع صاحب الحصص الكبرى . وإذا لم يمكن
 تقسيم المال إلى حصص ولو بمعدل على الوجه المذكور ، ولجأ الخبير إلى

١ - هامش ١ - وانظر عكس ذلك محمد كامل ، ص ١١٢ - ٢ - حدة على عرفة (٢٢٦) .
 أما في القانون المذكور ، فيجب اتفاق جميع الشركاء على القسمة بطريق التجنب ، ولو كانت
 قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب متلفة ، وبيع المال في هذه الحالة لعدم إمكان
 قسمته . وهذا الحكم ينتهذه للفقهاء الفرنسي (بلائيول وديوير ومورى وفيانسون ٤ - ٥١١ -
 بيدان ولييان ٥ مكرر - ٦٢٢) . وقد كان التتبعين المدنى المصرى السابق يجرى على حكم القانون
 الفرنسى من أن القسمة بطريق التجنب يجب فيها اتفاق جميع الشركاء . وقد قضت محكمة النقض بأن
 نصوص القانون المدنى القديم كانت تقتضى بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجرى أصلاً بطريق القسمة
 إلا إذا وافق الشركاء على إجرائها بطريق التجنب . فإن تملز الأمران - إجراء القسمة على أصح
 نصيب تمهيداً للقرعة واتفاق الشركاء على القسمة بالتجنب - وجب بيع المقار لعدم إمكان قسمته .
 ولكن هذه النصوص ، وإن اتفقت مع نص الفقرة الأولى من المادة ٨٣٧ من القانون المدنى الحالى
 في أن القرعة هي الأساس وأنه يجوز إجراء القسمة بطريق التجنب إذا اتفق على ذلك الشركاء ،
 إلا أن النصوص تختلف في حالة تملز القسمة على أصغر نصيب تمهيداً لإجراء القرعة ، فالقانون
 القديم ما كان يبيح التجنب بغير رضا الشركاء بينما يبيح القانون الحالى ذلك (نقض مدنى ٣١ مايو
 سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ص ٦٢٢) .

ومع أن التتبعين المدنى السابق كان يشترط في القسمة بالتجنب اتفاق جميع الشركاء على ما رأينا ،
 إلا أن محكمة الاستئناف المخططة كانت تقضى بأن التجنب يمكن ولو عارض أحد الشركاء فيه معارضة
 تطوى على التحصف في استهلاك الحق (استئناف - نسط ٥ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ - ٢٨٦ -
 ٩ يوفيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ - ٤٤٠ - ٥ يوفيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ - ٣١٤ - أول مارس
 سنة ١٩٤٩ م ٦١ - ٦٦ - ومع ذلك استئناف - نسط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ م ٦٧) .

التجنيب ، فقد يضطر هنا أيضاً ، عند تحديد أنصبة الشركاء مفرزة ، إلى تحديد نصيب أحد الشركاء بأقل مما يستحق ، وتحديد نصيب شريك آخر بأكثر مما يستحق . فعند ذلك يقدر مبلغاً من النقود يتعادل به النصيبان ، ويصبح صاحب النصيب الأكبر لدينا بهذا المعدل لصاحب النصيب الأصغر^(١) .

٥٦٠ - المرحلة الثانية - الفصل في المنازعات - نص قانوني :

تنص المادة ٨٣٨ مدني على ما يأتي :

« ٢ - فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة ، كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ، وأن تعين لم الجلسة التي يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائياً في تلك المنازعات »^(٢) .

ويتعين من هذا النص أن المنازعات التي تقع بين الشركاء ويجب الفصل

(١) والمبررة في تحديد قيمة المال وقت إجراء القسمة ، لا بوقت رفع دعوى القسمة ولا بوقت بدء الشيوخ . وفرضنا تعدد المحكمة تاريخياً معينا ، يسمى بتاريخ الانقضاء المقام (Jouissance) ، يكون هو التاريخ الذي تقدر فيه قيمة المال ، ويكون في الوقت ذاته هو التاريخ الذي يستول فيه كل شريك على ثمار نصيبه المفرز (فلانيون وديبير وبه لانجيه ٣ فقرة ٣٠٢١ وفقرة ٣٠٦٩ - أنسيكل بيدي دال ز ه لفظة Succession فقرة ١٥١١ - فقرة ١٥١٢)

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٩ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٨ (مجموعة الأعمال التجميعية ٦ ص ١١٠ - ص ١١١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٥١/٤٥٤ : إذا أمكنت قسمة الأموال عينا ، وحصل نزاع في تعيين المخصص ، تحكم محكمة المال الجزئية في ذلك وفي المنازعات الأخرى التي تكون من خصائصها . وإذا حصلت منازعات لم تكن من خصائص المحكمة المذكورة ، وجب عليها أن تحيل الخصام على المحكمة الابتدائية ، وتعين الجلسة التي يلزم حضورهم فيها أمامها ، وتؤخر الفصل في القسمة إلى أن يحكم قطعياً في تلك المنازعات . (والنص موافق لأحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية للمرية الأخرى :

التقنين المدني لسنة ١٩٢٢ م (مطابق) .

التقنين المدني الليبي يحيل على تقنين المرافعات .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الميراثيات والحقوق اللباني لا مقابل .

فيها قبل المضي في دعوى القسمة على نوعين : (النوع الأول) المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص . (والنوع الثاني) المنازعات الأخرى التي لا تتعلق بتكوين الحصص .

أما المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص ، كأن يدعى أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية ، أو يدعى أن المعدل الذي قدره الخبير أقل مما يجب أو أكثر مما يجب ، أو أنه يمكن تقسيم المال إلى حصص بطريقة أفضل ، أو نحو ذلك من المنازعات التي ترجع إلى تكوين الحصص ، فهذه تتولى الفصل فيها المحكمة الجزئية ، ولو زادت قيمة الحصة على نصاب هذه المحكمة . ذلك أن تكوين الحصص يعتبر داخلاً في أعمال القسمة ، والمحكمة الجزئية تختص بجميع أعمال القسمة أياً كانت قيمة المال المراد قسمته . ويلحق بالمنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء ، فقد يدعى أحد الشركاء أن النصيب الموزع الذي جنبه له الخبير أقل مما يستحق ، أو أن هناك طريقة أفضل لتجنيب الأنصبة . فتكون المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء هي أيضاً من اختصاص المحكمة الجزئية ، تفصل فيها ولو زادت قيمة النصيب على نصاب القاضى الجزئى . وسواء تعلقت المنازعات بتكوين الحصص أو بتجنيب أنصبة الشركاء ، فإن المحكمة الجزئية عندما تفصل فيها ، وتكون قيمتها مما يجوز استئنافه أمام المحكمة الابتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية ، جاز للنسأان من الشركاء أن يستأنف حكم القاضى الجزئى أمام المحكمة الابتدائية . ولا ترجع المحكمة الجزئية إلى متابعة أعمال القسمة إلا بعد أن تصدر أحكام نهائية في جميع هذه المنازعات .

بقيت المنازعات الأخرى التي لا تتعلق بتكوين الحصص . ومن أمثلة هذه المنازعات أصل ملكية الشريك ل حصته الشائعة وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء ، كأن يدعى أحد الشركاء أن شريكاً آخر داخلاً في دعوى القسمة لا يملك شيئاً في المال الشائع ويجب استبعاده من دعوى القسمة . ومن أمثلة هذه المنازعات أيضاً تعيين حصة الشريك في المال الشائع ، كأن يتنازع أحد الشركاء شريكاً آخر في مقدار حصته ، فيدعى مثلاً أنها الربع بدلا من الثلث . وقد تثار منازعات تتعلق بتصرف الشريك في حصته ، فيدعى أحد الشركاء

مثلا أن شريكا آخر قد تصرف في حصته لأجنبي فلا يحق له الدخول في القسمة .
كل هذه المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص ، بعضها يكون بحسب
قواعد الاختصاص من اختصاص المحكمة الجزئية التي تنظر دعوى القسمة ،
وبعضها يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية لأن قيمتها تجاوز نصاب القاضي
الجزئي . فإذا أثار شريك أمام المحكمة الجزئية منازعة من هذه المنازعات وكانت
هذه المنازعة من اختصاص القاضي الجزئي ، فصلت المحكمة الجزئية فيها^(١) ،
وإذا كان الحكم قابلا للاستئناف استأنفه ذو الشأن من الشركاء أمام المحكمة
الابتدائية . وإذا كانت المنازعة التي أثارها الشريك هي من اختصاص المحكمة
الابتدائية ، كان على المحكمة الجزئية أن توقف دعوى القسمة ، وأن تحيل
المحكوم إلى المحكمة الابتدائية^(٢) ، مع تحديد الجلسة التي يحضرون فيها أمام
المحكمة ، مستعينة في ذلك بالبيانات التي تحصل عليها من قلم كتاب المحكمة
الابتدائية^(٣) . وتبقى دعوى القسمة موقوفة أمام المحكمة الجزئية إلى أن تفصل

-
- (١) استئناف مصر ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ الهامة ٢٤ رقم ٨٠ ص ٢٠٦ .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع الذي أثير في الدعوى أمام محكمة القسمة
يلحظ حول طبيعة الشروع في السلم المشترك ، وما إذا كان هذا الشروع عاديا أو إجباريا ، وحول
تحديد نطاق الصلح المقود بين الطرفين بشأن هذا السلم ، فهو هذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين
الحصص ، ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضي المواد الجزئية نوعيا إذ كانت قيمة السلم المتنازع
عليه - كما قررها المحبر المنتدب في دعوى القسمة وباتفاق الطرفين - تجاوز نصاب تلك المحكمة ،
عما كان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة
٨٣٨ مدني . وإذا لم تفعل ، فإنها تكون قد تجاوزت اختصاصها وعالفت التناون (نقض مدني
٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦ ص ١٠٤) .
(٣) ويشترط في ذلك أن تتحقق محكمة القسمة من أن المنازعة جديدة (نقض مدني ٢٤ نوفمبر
سنة ١٩٥٥ حوجة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧ - ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام
النقض ٧ رقم ٨٥ ص ٦٢٢) . وتقدير جدية المنازعة في الملك الثابت في دعوى القسمة هو ما
يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية التي لا رقابة فيها لمحكمة النقض ، مادامت تقوم قضائها على
اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائفة (نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني
في خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٨٨٣ - ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧
ص ٦٢٢) .
والتمسك بوجود وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في الملكية هو من شأن المحكم التي
نازع في هذه الملكية ، ولا صفة لغيره من المحكوم في التحدي به (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥٦
مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

المحكمة الابتدائية ، ومن بعدها محكمة الاستئناف حتى يكون الفصل نهائيا ، في المنازعات التي أحالتها المحكمة الجزئية ، أو إلى أن تفصل المحكمة الابتدائية نهائيا في الاستئناف الذي رفع إليها من الحكم الصادر من المحكمة الجزئية في المنازعات التي تختص هذه المحكمة بالفصل فيها على ما قدمنا (١).

٥٦١ - المرحلة الثالثة - الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المقرز -

نص قانوني : تنص المادة ٨٣٩ مدني على ما يأتي :

١ - متى انتهى الفصل في المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنب ، أصدرت المحكمة الجزئية حكما بإعطاء كل شريك النصيب المقرز الذي آل إليه .

٢ - فإن كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنب ، تجري القسمة بطريق الاقتراع ، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها . وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المقرز (٢).

ويتبين من هذا النص أنه عندما يفصل نهائيا في المنازعات التي أثرت فيها بين الشركاء ، سواء ما كان من هذه المنازعات من اختصاص المحكمة

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٩ (مجدة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٢ - ص ١١٣) .

ويقابل النص في التفتين المدنى السابق م ٥٥٣/٤٥٥ : تحصل القسمة بطريق القرعة أمام القاضي المدين للمواد الجزئية ، ويحضر بها محضر . (والنص مما افق لأحكام التفتين المدنى الجديد ، ولكنه لم يذكر القسمة بطريق التجنب ، فكان القضاء يجرى على أن هذه القسمة لا تكون إلا باتفاق الشركاء جميعا : انظر أيضا فقرته ٥٥٩ ص ٩٢٢ هامش ٥) .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدنى السوري م ٧٩٣ (مطابق) .

التفتين المدنى الليبي يحيل إلى تفتين المرافعات .

التفتين المدنى المراقى لا مقابل (وتنص المادة ١٠٧٤ من هذا التفتين على أنه إذا كان المشاع

أعيانا منفولة متعددة وكانت متحدة الجنس ، يزال الشيوع فيها بقسمتها قسمة جمع) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل .

الجزئية أو ما كان منها من اختصاص المحكمة الابتدائية ، ننقل بعد ذلك إلى المرحلة الثالثة من مراحل القسمة . فيعود الشركاء إلى المحكمة الجزئية ، بناء على طلب من يريد التعجيل منهم ، ويحركون دعوى القسمة بعد أن كانت المحكمة الجزئية قد وقفها حتى يفصل نهائيا في المنازعات .

وفي هذه المرحلة يكون قد بت نهائيا في المنازعات ما بين الشركاء ، وأصبح حق كل شريك في المال المراد قسمته مثبتا فيه خاليا من النزاع « ويجب هنا التمييز بين فرضين : إما أن يكون نصيب كل شريك قد عين بطريق التجنب ، أو أن يكون المال المراد قسمته قد قسم إلى حصص .

ففي الفرض الأول ، وقد تعين نصيب كل شريك مفرزا في المال الشائع بطريق التجنب ، لا يبقى أمام المحكمة الجزئية إلا أن تصدر حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه . وقد يلزم أحد الشركاء بدفع معدل إلى شريك آخر أو أكثر على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم (١) .

وفي الفرض الثاني ، والمال المراد قسمته قد قسم إلى حصص ، يجب توزيع هذه الحصص بين الشركاء كل بقدر نصيبه . ولما كانت الحصص بالذات التي تقع في نصيب كل شريك غير معروفة ، فقد لجأ القانون إلى طريق الاقتراع لتعيين هذه الحصص ، حتى يطمئن الشركاء إلى أن فرصهم متساوية . ومن ثم تجرى المحكمة القرعة بين الشركاء ، فإذا كانت الحصص مثلا سبعا ، وكان الشركاء ثلاثة لواحد منهم حصة واحدة ولثاني حصتان ولالثالث أربع حصص ، وضعت في القرعة سبعة أوراق مرقمة من الواحد إلى السبعة ، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك . وسحب الشريك الأول ورقة واحدة ، والشريك الثاني ورقتين ، والشريك الثالث أربع ورقات ، فيأخذ كل شريك الحصة أو الحصص التي أوقعت القرعة رقمها في نصيبه . وقد لا يحصل الشريك ذو الحصص المتعددة إلا على حصص متباعدة بعضها عن بعض ، ولكن هذا هو شأن القرعة . ولا مفر من هذه النتيجة ، إلا إذا اتفق الشركاء فيما بينهم بعد إجراء القرعة على تقريب حصص كل واحد منهم . وقد يقع في نصيب أحد الشركاء حصة أو أكثر تكون مدينة بمعدل الحصة أخرى

أو حصص وقعت في نصيب شريك آخر ، على الوجه الذي بسلطانه فيما تقدم (١) .
وثبتت المحكمة الجزئية كل ذلك في محضرها ، ثم تصدر حكماً بإعطاء كل
شريك نصيبه المفرز ، أى الحصة أو الحصص المفرزة التي أوقعها القرعة
في نصيبه (٢) .

ونرى من ذلك أن دعوى القسمة ، في مرحلتها الثالثة ، تنتهى دائماً إلى حكم
بالقسمة يعين النصيب المفرز الذي آل إلى كل شريك . وحكم القسمة هذا
يختم دعوى القسمة ، إذا لم يكن بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه
الأهلية وليس له ولى شرعى . أما إذا وجد بين الشركاء أحد من هؤلاء ،
فلا بد من المضي بالقسمة إلى مرحلتها الرابعة والأخيرة ، وهى مرحلة التصديق
على حكم القسمة .

٥٦٢ - المرحلة الرابعة - التصديق على حكم القسمة في مابوت

خاصة - نص قانونى : تنص المادة ٨٤٠ مدنى على ما بأتى :
« إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ،
وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً ، وذلك وفقاً
لما يقرره القانون » (٣) .

(١) انظر ألفا فقرة ٥٥٩ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في جوعة الأعمال التحضيرية ٦ من ١٢٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه
الآتى : « إذا كان بين الشركاء غائب ، أو كان بينهم شخص لم تتوافر فيه الأهلية ، ولم يكن له
ولى شرعى ، وجب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً » . ووافقت
عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٩١١ في المشروع النهائي ، بعد حذف عبارة « ولم يكن له ولى
شرعى » لتعميم حكم النص . وفى اللجنة التشريعية مجلس النواب عدل النص على الوجه الآتى :
« إذا كان بين الشركاء مفقود أو غائب ، أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق
المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً ، وذلك وفقاً لما يقرره القانون » ، وقالت اللجنة فى
تقريرها إنها عدلت النص تعديلاً يتسق مع مشروع قانون المحاكم المدنية الذى وافق عليه لمس
النواب ، ووافق لمس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٠٩ . وفى لجنة لمس الشيوخ
حذفت كلمتا « مفقود أو » اللتان أضافهما مجلس النواب ، لأن قانون المحاكم المدنية يسو بين
لفائى والمفقود فى الحكم ، وأصبح رقم النص ٨٤٠ . ووافق عليه لمس الشيوخ هذا التعديل
(جوعة الأعمال التحضيرية ٦ من ١١٣ - من ١١٥) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما بأتى : « وحكم القسمة هنا هو الذى تصلىق عليه المحكة الابتدائية إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولى شرعى . أما فى التقنين الحالى (السابق) فالمحكة الابتدائية تصدى على قسمة الأموال إلى حصص ، وقد وصى أن الأولى أن يكون التصديق على حكم القسمة نفسه^(١) . ويتبين من ذلك فى وضوح أن المادة ٨٤٠ من التقنين الملى الجديد قد قصدت مخالفة المادة ٥٥٢/٤٥٦ من التقنين الملى السابق ، إذ أن هذا النص الأخير يقضى بتصديق المحكة على قسمة الأموال إلى حصص ، أما نص التقنين الملى الجديد فيقضى بتصديق المحكة على حكم القسمة نفسه بعد أن يجتاز جميع مراحلها ويصبح فى المرحلة النهائية ، أى بعد أن يجتاز مرحلة تكوين الحصص ومرحلة الفصل فى المنازعات ومرحلة إجراء القرعة أو التجنب ، ويصبح حكم القسمة فى المرحلة النهائية كما سبق القول ، أى حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المقرز الذى آل إليه . وقد كانت اللجنة التشريعية لمجلس النواب ، عند نظر مشروع نص المادة ٨٤٠ سالفة الذكر ، قد عدلته إلى ما استقر عليه ، وقالت فى تقريرها إنها عدلته تعديلاً يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحسدية الذى وافق عليه مجلس النواب^(٢) .

ولما صدر قانون الولاية على المال فى سنة ١٩٥٢ ، أى بعد العمل بالتقنين الملى الجديد ، وكان المفروض أن يساير هذا القانون التقنين الملى وتنسّق

ـ ويقابل النص فى التقنين الملى السابق م ٥٥٢/٤٥٦ : إذا كان أحد الشركاء قاصراً أو غير أهل للصرف ، أم غائباً ، وجب التصديق من المحكة الابتدائية على قسمة الأم إلى حصص . ويقابل النص فى التقنينات الملية الأخرى :

التقنين الملى السورى م ٧٩٤ : إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب على قاضى الصالح أن يطلب من المحكة ذات الاختصاص تعيين من يمثلها فى دعوى القسمة ، وذلك طبقاً لما يقرره القانون .

التقنين الملى الليبى يحيل على تقنين المرافعات .

التقنين الملى العراقى لا مقابل .

قانون المدجبات والعود المتناى لا مقابل .

(١) مجلة الأعمال الصحفية ٦ ص ١٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال الصحفية ٦ ص ١١٤ - وانظر أيضاً نفس الفقرة فى ص ٩٢٩ هامش ٣ .

الأحكام في كل منها ، وقع عدم اتساق يستوقف النظر . ذلك أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، في الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والخامسة منها ، نصت على ما يأتي : « وفي حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص . ولهذه المحكمة ، عند الاقتضاء ، أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد للملك . وإذا رفضت التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . ويقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص » . ولاشك في أن هذا النص صريح في أن الذي تصدق عليه المحكمة ، ليس هو الحكم بالقسمة وهو في مرحلته النهائية كما نصت على ذلك صراحة المادة ٨٤٠ مدني ، بل هو قسمة الأموال إلى حصص أي القسمة في مراحلها الأولى . ويكون قانون الولاية على المال قد عدل بذلك عن مسطرة المادة ٨٤٠ من التقنين المدني الجديد ، إلى مسطرة المادة ٥٥٢/٤٥٦ من التقنين المدني السابق . والغريب بعد ذلك أن تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال : « وتضيف المادة ذاتها (م ٤٠) من قانون الولاية على المال .. أنه في حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص ، وأن لهذه المحكمة أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لهذا الغرض عند الاقتضاء . وإذا رفضت المحكمة التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم ، وبإسناد أن الحكم الذي تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية في تكوين الحصص يقوم مقام التصديق المتضمن ذكره . وقد فصلت الأحكام المتضمن ذكرها إعمالا للإحالة المشار إليها في المادة ٨٤٠ من القانون المدني ، وهي التي تقضي بأنه إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم يتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على القسمة بعد أن يصبح الحكم نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون » . فهذا التعارض بين ما تنص عليه المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال وما تنص عليه المادة ٨٤٠ من التقنين المدني ، وهذا القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال إنما تشمل الإحالة المشار إليها في المادة ٨٤٠ من التقنين المدني ،

مما يدعو إلى الحيرة . وكان الواجب أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، إذا أرادت حقاً أعمال الإحالة على المادة ٨٤٠ من التقنين المدني ، أن تقضى بأن الذى تصدق عليه المحكمة هو حكم القسمة لا قسمة الأموال إلى حصص . والآن بعد أن وقع عدم الاتفاق هذا ، وإلى أن تعدل المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال لتعديلها لتتفق مع المادة ٨٤٠ مدني ، لا نأص من القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال نسخت ماتقدمها من نصوص تتعارض معها ومنها المادة ٨٤٠ مدني^(١) .

وعلى ذلك يجب القول إنه في حالة تقسيم المال إلى حصص ، إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له أب^(٢) ، يتعين أن تصدق المحكمة الابتدائية التي تقيمها محكمة القسمة ، لا على الحكم بالقسمة في مرحلته النهائية ، بل على قسمة المال إلى حصص . وللمحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الشركاء ومعهم النائب عن المحجور لساع أقوالهم ، ولها أن ترفض ما أقرته المحكمة الجزئية (محكمة لقسمة) من قسمة المال إلى حصص ، وأن تعين أسساً أخرى تراها أصلح لقسمة المال إلى حصص . وإذا قامت منازعة في شأن تكوين الحصص ، وفصلت فيها المحكمة الجزئية ، واستأنفت حكمها أمام المحكمة الابتدائية^(٣) (أى نفس المحكمة التي تصدق على قسمة المال إلى حصص) ، فمن البديهي أن حكم المحكمة الابتدائية الصادر في هذا الاستئناف يقوم مقام التصديق على قسمة المال إلى حصص ، إذ تكون المحكمة بوصفها محكمة استئنافية قد نظرت نفس المسألة التي كانت تنظرها بوصفها محكمة للتصديق^(٤) .

(١) إذ تنص المادة ٣ من قانون إصدار قانون الولاية على المال على أن « يبنى الكتاب الأول من قانون المحاكم المدنية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، وكذلك يبنى كل ما كان مخالفاً للاحكام المقررة في النصوص المرافقة لهذا القانون » .

(٢) أما إذا كان وليه الشرعي هو الجد ، فقد قدمنا أن الجد لا يملك وحده قسمة مال محجوره ، بل لابد من استئذان محكمة الولاية على المال (انظر ألفا فقرة ٤١٣ في الهامش) . ومن ثم يدعى للقاصر - إذا كان وليه الشرعي هو الجد لا الأب ، في حكم القاصر الذي ليس له ولي بل له وصي ، ومن ثم يجب التصديق على قسمة ماله .

(٣) انظر ألفا فقرة ٥٦٠ .

(٤) انظر في ذلك محمد علي حرقه فقرة ٣٢٨ - حسن كبيرة فقرة ١٤٤ ص ٤٨٨ - وقارن إسحاق غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ هامش ٦ .

هذا إذا جرت القسمة عن طريق قسمة المال إلى حصص . أما إذا جرت عن طريق التجنيب حيث لا يقسم المال إلى حصص ، فلا مجال لتطبيق المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال إذ أن هذه المادة مقصورة على قسمة المال إلى حصص . فهل يمكن تطبيق المادة ٨٤٠ ملئى ، والقول بأن المحكمة الابتدائية تصديق ، في حالة القسمة عن طريق التجنيب ، على حكم القسمة نفسه ؟ الظاهر أن المادة ٨٤٠ ملئى ، عندما أوجبت تصديق المحكمة ، أحوالت على قانون خاص ينظم هذا التصديق إذ تقول : « وذلك وفقا لما يقرره القانون » . فإذا توخينا الدقة ، وجب الرجوع في ذلك إلى قانون الولاية على المال وهو القانون الذى ينظم تصديق المحكمة . ولما كانت المادة ٤٠ من هذا القانون تتكلم عن التصديق على قسمة المال إلى حصص ، جاز القول بأن ما يقابل قسمة المال إلى حصص في القسمة بالاقتراع هو تجنيب أنصبة الشركاء في قسمة التجنيب ، فيجب التصديق على تجنيب أنصبة الشركاء قباميا على التصديق على قسمة المال إلى حصص . ولما كان تجنيب أنصبة الشركاء يختلط من الناحية العملية بحكم القسمة ، ولا يفصل بينهما الاقتراع كما هو الأمر في قسمة المال إلى حصص ، فإنه يصح القول ، من الناحية العملية دائما ، إنه في حالة القسمة عن طريق التجنيب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب أنصبة الشركاء^(١) .

المطلب الثالث

تدخل الدائنين في القسمة حماية لصالحهم

٥٦٣ — نص قانوني : تنص المادة ٨٤٢ ملئى على ما يأتي :

« ١ — للدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تم القسمة هنا ، أو أن يباع المال بالمراد ، بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء . ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من سارض من الدائنين في جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » .

- ٢ - أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يقطعوا عليها إلا في حالة الغش « (١) .
- ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٥٧/٤٦٠ - ٥٥٩ « (٢) .
- ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٩٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧١ / ٣ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١/٩٤٢ و ٩٤٣ - ٩٤٥ « (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢١٠ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما أسفله عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيلي كان خاليا في آخر الفقرة الأولى من عبارة « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدين حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩١٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أصبحت إلى آخر الفقرة الأولى عبارة « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدين حقوقهم في الإجماعات » ، وذلك « لحفظ حقوق الدائنين المسجلين حتى لا تتم قسمة المال الشائع في بينهم » ، وأصبح ، تم المادة ٩١١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ سئل عن الماد بالدائنين ، فأجيب بأنهم الدائنين المقيدين حقوقهم قبل القسمة ، فأضيفت عبارة « قبل رفع دعوى القسمة » بعد حذف عبارة « في الإجماعات » في آخر الفقرة الأولى . وقد أريد بذلك - كما ورد في تقرير اللجنة - قصر التزام الشركاء في إدخال الدائنين المقيدين على من قيدت حقوقهم قبل رفع الدعوى بحيث تمكن معرفتهم عند ذلك ، ولتفادي تعرض إجراءات القسمة للبطول إذا لم يدخل الشركاء دائنين مقربين مع أن ديونهم لم تفتح إلا خلال الإجراءات أو عندما تشرف على النهاية . ومع ذلك فلا ضرر على هؤلاء الدائنين من هذا النص ، لأن لهم الحق دائما في التدخل في الإجراءات من تلقاء أنفسهم . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل ، وأصبح رقمه ٨٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١١٨ - ص ١٢٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٥٧/٤٦٠ - ٥٥٩ : يجوز لأدبالب الديون الشخصية التي على أحد الشركاء أن يمارسوا في إزاء القسمة عينا وفي بيع المال بغير دفعه لم في ذلك . ويكمن إجراء المرافعة المذكورة بين أيدي الشركاء الآخرين ، ويترتب على حصولها ملزمة هؤلاء الشركاء بأن يطلبوا حضور الدائنين المعارضين في كافة الإجراءات المتعلقة بالقسمة أو بالبيع ، وإلا كان السيل لائها .

(ويفتح حكم التقنين السابق مع حكم التقنين الجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق كان لا يلزم إدخال الدائنين المقيدين قبل القسمة إلا إذا عارضوا) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٦ : ١ - لدائن كل شريك أن يمارسوا في قسمة عينا أو في بيع - .

ونقول بادئ ذي بدء إن النص سالف الذكر يوحي بأن تدخل الدائنين في القسمة حماية لمصالحهم إنما هو مقصور على القسمة القضائية ، دون القسمة الاتفاقية . صحيح أن المشروع التمهيدى للنص لا يفرق بين القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية فيجوز أن ينطبق على هذين النوعين من القسمة ، إذ أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى : وهي التي تصرح بدعوى القسمة ، لم تكن موجودة . ومع ذلك يفهم من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا النص

« المال بالمراد الملقى بنير تدخلهم . وتكون المارعة في حالة القسمة القضائية بتدخل الدائنين في المحكمة أو أمام دائرة التنفيذ ، وفي حالة القسمة الرضائية بإتخاذ رضى يبلغ إلى جميع الشركاء . ويترتب على الشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين إلى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المسجلة حقوقهم في السجل القمري قبل رفع دعوى القسمة . ٢ - أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا إلا في حالة الفشل .

(وأحكام النص السوري تتفق في مجموعها مع أحكام النص المصري ، ويصرح النص السوري بأنه يشمل القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية) .

التقنين المدنى الليبي م ٨٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٣/١٠٧١ : لدائنى كل شريك أن يطعنوا بالقسمة ، إذا كان فيها خسر أضر بمصلحتهم . (ولم يورد التقنين العراقى نص التقنين المصرى ، وإنما أورد سكاكهم مجرد تطبيق للقواعد العامة) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٣ : يحق لدائنى الشركة أو لدائنى أحد الشركاء المتقاعين المصاب بإعصار أن يمارضوا في إجراء القسمة أو بيع المال المشترك بالمراد في غيابهم . ويمكنهم التدخل على نفقتهم . ويحق لهم أيضاً طلب إبطال القسمة إذا كانت قد أجريت بالاغم من اعتراضهم . م ٩٤٤ : للشركاء المتقاعين أو لأحدهم أن يعترفوا بدعوى إبطال القسمة بإيفاء الدائنين أو بإبداء المبلغ الذى يدهيه .

م ٩٤٥ : إن الدائنين الذين أرسلت إليهم الدعوة حسب الأصول ، ولم يحضروا إلا بعد الفراغ من القسمة ، لا يحق لهم أن يطالبوا بإبطالها . على أنه إذا لم يترك مبلغ كاف لإيفاء ديونهم ، حتى لهم أن يستوفوا حقوقهم من الملك المشترك إذا كان قد بقى منه جزء تم تجليه عليه القسمة ، وإلا جاز لهم مداهمة الشركاء المتقاعين على القدر المعلن بمقتضى نوع الشركة ، سواء أكانت شركة مقدّم شركة ملك - وانظر أيضاً م ١/٩٤٢ مدلة وتوجب إدخال أصحاب الحقوق المبنية المقيدة حقوقهم في السجل القمري قبل رفع الدعوى .

(وأحكام القانون اللبناني متفقة في مجموعها مع أحكام القانون المصرى ، والقانون اللبناني يرميه بمبادرة لإبطال القسمة) (م ٩٤٤) جعلها غير نافذة في حق الدائنين - انظر حين كبرة في الحق في الشهادة الأصلية في القانون المدنى اللبناني المقارن مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٨ - ص ٢١٥) -

فصر تدخل الدائنين على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية ، إذ ورد في هذه المذكرة ما يأتي : « أما إذا تمت التمسمة دون تدخل من الدائنين ، أو كانت القسمة عقداً ، فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة إلا بطريق الغش في الحالة الأولى ، أو بطريق الدعوى البولصية في الحالة الثانية » (١) . ولكن ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن ليس من شأنه أن يقيد من إطلاق النص . وقد أضيفت في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، إلى آخر الفقرة الأولى ، العبارة الآتية : « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم في الإجراءات » . والعبارة على هذا النحو يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية انطباقها على القسمة القضائية ، ففي النص غير متمحض للقسمة القضائية . ولكن وقع بعد ذلك في لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت - بطريقة عارضة - العبارة المضافة فأصبحت : « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » ، وكاد النص بهذا التعديل يتمحض للقسمة القضائية (٢) . ولما كانت القسمة القضائية ليست أولى من القسمة الاتفاقية بتدخل الدائنين ، بل لعل القسمة الاتفاقية وهي خالية من ضمانات القسمة القضائية أخرج إلى هذا التدخل ، لذلك يحسن التوسع في تفسير النص بما يجعله شاملاً للقسمة القضائية والقسمة الاتفاقية . ويدعي من الدائنين المقيدين ، في القسمة الاتفاقية ، الدائنون المقيدون قبل إبرام هذه القسمة ، قياساً على دعوة الدائنين المقيدين قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية (٣) . وليس في مبادئ تفسير النصوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع ، ما دامت حكمة تدخل الدائنين في القسمة القضائية متوافرة تماماً ، بل هي أكثر توافراً في القسمة الاتفاقية كما قدمنا . هذا إلى أن نص المادة ٨٨٢ من التقنين المدني الفرنسي ، وهو النص الذي استقى منه نص المادة ٨٤٢ من التقنين المدني المصري ، لا خلاف في انطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية (٤) .

(١) جملة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

(٢) انظر آنفاً نفس الفقرة ص ٩٣٤ هامش ١

(٣) قارن إسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٢٢ هامش ٩ .

(٤) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ - وانظر حكس

ذلك عند حل عرفة فقرة ٣٢٠ ص ٤٤٠ - عند كامل - ص ٢ فقرة ١٢٣ - عند المنير الجويلجي -

ونبحث في صدد النص سالف الذكر ، متوصفاً في تفسيره على الوجه الذى قدمناه ، مسألتين : (١) موقف الدائنين قبل إتمام القسمة . (٢) موقف الدائنين بعد إتمام القسمة .

§ ١ - موقف الدائنين قبل إتمام القسمة

٥٦٤ - مصالح الدائنين المراد ممايتها : قصد بنص المادة ٨٤٢ مدنى حماية مصالح دائنى الشركاء عند قسمة المال الشائع ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، وسواء كانت القسمة كلية أو جزئية . قسمة عيضة أو قسمة تصفية .

والدائنون هنا هم دائنون كل شريك . ويستوى أن يكون دائن الشريك دائناً شخصياً أو دائناً ذا حق مقيد : كما يستوى أن يكون الحق المقيد واقعاً على المال الشائع المراد قسمته أو واقعاً على غيره من أموال الشريك^(١) . فالدائن ، على هذا النحو ، يعنيه أن تم القسمة دون إضرار بمصالحه : فعليه مثلاً ألا يتعمد الشركاء ، حين يقسمون المال ، أن يوقعوا في نصيب مدنيه أعياناً منقولة أو نقوداً يسهل على المدنين تهريبها من تنفيذ الدائن عليها . ويعنيه كذلك ألا يقع في نصيب مدنيه أموال قيمتها أقل من القيمة الحقيقية لحصته ، فيقل بذلك ضمان الدائن . ويعنيه أيضاً : إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع أو كان المال الشائع ذاته لا يقبل القسمة فيتعين بيعه وهذه هي قسمة التصفية ، ألا يقصر البيع على الشركاء فلا يدخل فيه أجنبي ، فإن دخول أجنبي في البيع أدعى لارتفاع الثمن الذى يرسو به المزا ، فينتفع الدائر بذلك . ويعنيه بوجه خاص ألا يتعمد الشركاء إيقاع الجزء المقرض من المال الشائع المرهون للدائن في نصيب شريك آخر غير الشريك الراهن . فيجده

= فقرة ١٥٨ ص ١٩٠ - مسن كبيرة فقرة ١٣٩ ص ٤٧١ هامش ١ - عبد المنعم فراج الصدة فقرة ١٤٤ ص ١٩٦ .

(١) ويجوز أن يكون حق الدائن مقرئاً بأجل أو مطلقاً على شرط . ولا يعتبر دائناً من يدعى استملاك المال الشائع ، وليست له مصلحة في التدخل في القسمة إذ هي غير نافذة في حقه إذا أثبت استملاكه (بودرى وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٢٦٢) .

للدائن بذلك حق الرهن الذي له قد تحول من المال الذي قصد ارتبائه إلى مال آخر لم يكن له في حساب . هذه جملة من المصالح للدائن الشركاء ، هي وأمثالها تلغى إلى التدخل في القسمة حتى يراقب إجراءاتها ، فيمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته ، أو تقصير مدينه في دفع الغبن عن نفسه فيلحقه الغبن هو أيضاً تبعاً لذلك .

٥٦٥ - **للدائن هي المعارضة وهي التدخل** : إذا عرف الدائن أن لمدينه حصه في مال شائع . وأراد أن يصطنع الحيلة في أمره ، فعليه أن يرسل لمدينه ولسائر شركاء هذا المدين في الشروع بمعارضة في أن تم قسمة هذا المال للشائع . سواء عن طريق القسمة العينية أو عن طريق التصفية . بغير تدخله . ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً لهذه المعارضة ، والأفضل أن تكون إنذاراً على يد محضر . ولكن يصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن تكون شفوية ولكن الدائن يحمل عبء الإثبات (١) . والمهم أن توجه المعارضة إلى جميع الشركاء في المال الشائع ، ويدخل فيهم الشريك المدين (٢) . وميعاد توجيه المعارضة على هذا النحو لم يحدده القانون ، فيصح أن يكون بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصه في مال شائع ، ويبقى حق الدائن في المعارضة إلى أن تم قسمة هذا المال (٣) . والمعارضة عمل من الأعمال التحفظية ، فيمكن

(١) وتعتبر معارضة كافية أن يحصل من مدينه أو من أي شريك آخر على وعد بألا تجرى قسمة المال الشائع بدون تدخل الدائن ، بشرط أن يملن الدائن هذا الوعد إلى جميع الشركاء (بودر وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٢١٤ ص ٥٥٦) . ولا يمكن ، في اعتبار المعارضة ، مجرد علم الشريك بدائن شريكهم (السين ٢١ مارس سنة ١٨٨٢ جازيت دي باليه سنة (٨١ - ٨٢) ٢٠ - ١٣) . ولكن إذا تعهد المدينون الشركاء ، ادائهم ، في عقد المدينه فية ، بأن يعودوا للتدخل في قسمة المال الشائع ، قام هذا التعهد مقام المعارضة بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء (الجزا ٢٣ يناير سنة ١٨٩٣ سيرة ٩٣ - ٧ - ٢٨٤) .

(٢) وإذا وجهت المعارضة إلى بعض الشركاء دون بعض ، لم يكن لها أثر بالنسبة إلى الشركاء الذين وجهت إليهم المعارضة ، لأن القسمة لا تنجز (هيك ٥ فقرة ٣٠٠ - بودر وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٢١٦) .

(٣) ولا تعتبر القسمة قد تمت إذا صدر حكم بتعيين خبير ، أو بيع المال الشائع ، أو بتكوين المحضر إذا لم يجر الاقتراع ، أو بصدور حكم قسمة إذا لم تكن المحكمة الابتدائية قد صفت عليه في الحالات التي يجب فيها ذلك (بودر وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٢٢٥) .

أن تتوفر في الدائن أهلية القيام بهذه الأعمال^(١).

ومنى وصلت المعارضة إلى جميع الشركاء . تعين عليهم ، إذا هم عملوا إلى اقتسام المال الشائع ، أن يدخلوا الدائن المعارض في جميع إجراءات القسمة ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية . وسواء كانت قسمة عينية أو قسمة تصفية ، كما سبق القول .

وهناك طائفة من الدائنين : هم الدائنون المقيدة حقوقهم ، يجب على الشركاء إدخالهم في إجراءات القسمة دون حاجة إلى أن يوجه هؤلاء الدائنون معارضة إلى الشركاء . فالدائن المرتهن رهنا رسمياً أو رهنا حيازياً للمال الشائع ، والدائن الذى له حق اختصاص أو حق امتياز على المال الشائع ، إذا قيد هؤلاء حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية ، أو قبل إبرام عقد القسمة في حالة القسمة الاتفاقية ، يكونون بهذا القيد معروفين من الشركاء . فليسوا إذن في حاجة إلى أن يوجهوا إلى الشركاء معارضة . ويتعين على الشركاء ، دون معارضة ، أن يدخلوا هؤلاء الدائنين في إجراءات القسمة : قضائية كانت أو اتفاقية . ويستوى مع هؤلاء الدائنين المقيدة حقوقهم شخص اشترى من شريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع ، وسجل عقد البيع ، فهذا أيضاً يصبح دائناً بالضمآن : ومن ثم يجب على الشركاء إدخاله في إجراءات القسمة متى كان قد سجل عقده . وليس في حاجة إلى توجيه معارضة إلى جميع الشركاء .

وسواء صدرت معارضة من الدائن على الوجه الذى بسطناه أو لم تصدر ، وسواء كان للدائن حق مقيد أو لم يكن ، فإنه بمجرد أن يباشر الشركاء قسمة المال الشائع يجوز للدائن . إذا علم بذلك ، أن يتدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء في إجراءات هذه القسمة . فإذا كانت القسمة اتفاقية ، جاز للدائن أن يتقدم إلى الشركاء متدخلًا في القسمة ، طالبا مثلاً أن يراقب أعمال الخبير الذى قد يكون الشركاء عينوه لإجراء القسمة ، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء إلى أن يرموا عقد القسمة ، أو أن يتثبت فيما إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالزاد من أنه حصل إعلان كافٍ عن البيع

(١) بودرى وفال في المواثيق ٣ فقرة ٣٢٢٥ .

ومن أن إجراءات البيع سليمة ، وما إلى ذلك . أما إذا كانت القسمة قضائية ، فإن سبيل الدائن إلى التدخل في إجراءاتها من تلقاء نفسه هو السبيل المقرر في تقنين المرافعات . وقد نصت المادة ١٥٣ من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم ، أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى » . فلا توجد إجراءات خاصة لتدخل الدائن في دعوى القسمة ، بل هي الإجراءات المقررة بوجه عام في تقنين المرافعات . ومن ثم يكون تدخل الدائن في دعوى القسمة بصحيفة تعلن للشركاء قبل يوم الجلسة ، أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ١٥٤ مرافعات) . وإذا تدخل الدائن في دعوى القسمة ، فله أن يراقب جميع الإجراءات ليحترز من أن يتواطأ الشركاء على الإضرار بمصلحته ، أو أن يلحق الشريك المدين الغبن بنفسه عمداً أو تقصيراً ، وله أن يعترض في حالة تقرير المحكمة بيع المال الشائع على أن يكون البيع مقصوراً على الشركاء وحدهم خشية من تواطؤهم على إرساء المزاد على أحدهم بثمن بخس ، وأن يطلب فتح باب المزايدة لأجانب من الشركاء حتى يصلوا بالثمن إلى أعلى مقدار ممكن^(١) .

٥٦٦ - الأثر الذي يترتب على معارضة الدائن أو على تمرده :

يترتب على معارضة الدائن أو على تدخله على النحو الذي بسطناه أن يصبح الدائن طرفاً في جميع إجراءات القسمة منذ معارضته أو منذ تدخله ، فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا في مواجهته . ومن ثم لا تجوز مباشرة إجراءات بيع المال الشائع في المزاد ، ولا تعيين خبير لتكوين الخصص ، ولا الفصل في المنازعات المتعلقة بإجراءات القسمة ، ولا إجراء القرعة ، ولا تجنيد أنصبة الشركاء المفروزة ، ولا التصديق على حكم القسمة ، في غير مواجهة الدائن^(٢) . ولكن لا يجوز للدائن طلب بيع المال في المزاد بدلاً من قسمته عينا ، إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر كبير بلحق قيمة المال الشائع . كذلك

(١) محمد علي مرة ققرة ٣٣١ من ٤٤١ .

(٢) استئناف نسط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١١ - ١٨ فبراير سنة ١٩١٥

لا يجوز للدائن أن يطلب أن تكون القسمة قضائية ، إذا كان جميع الشركاء راضين يجعلها قسمة اتفاقية . ولا يجوز للدائن أن يمنع مدينه من التصرف في حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها . فإن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها ، مع احتفاظ الدائن بحقه في الدعوى البولصية .

ويتحمل الدائن وحده نفقات معارضته ونفقات تدخله .

§ ٢ - موقف الدائنين بعد إتمام القسمة

٥٦٧ - **فروصه مملوئة** : بعد إتمام القسمة يمكن تصور فروض ثلاثة :
(الفرض الأول) أن يكون الدائن قد تدخل فعلا في إجراءات القسمة ، سواء عقب معارضة وجهها إلى الشركاء المتقاضيين فأدخله هؤلاء الشركاء في هذه الإجراءات ، أو لأنه تدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء .
(الفرض الثاني) أن يكون الدائن لم يدع للتدخل في إجراءات القسمة ، بالرغم من المعارضة التي وجهها إلى الشركاء جميعا ، أو بالرغم من أن له حقا مقيدا .

(الفرض الثالث) أن يكون الدائن لم يتدخل في إجراءات القسمة لأنه لم يعارض ، أو عارض (أو كان له حق مقيد) ودعى إلى التدخل فلم يتدخل .

٥٦٨ - **الفروصه الأولى** - **تدخل الدائن فعلا في إجراءات القسمة** :
مادام الدائن قد تدخل فعلا في إجراءات القسمة ، بناء على معارضته أو بناء على تدخله من تلقاء نفسه . فقد أعطى الفرصة الكافية لمراقبة إجراءات القسمة ، ولمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحةه . فلذا تمت القسمة ، فليس لهذا الدائن أن يعترض عليها . ولا يجوز له بوجه خاص أن يطعن فيها بالدعوى البولصية ، فقد حل تدخله في القسمة محل هذه الدعوى (١) .

٥٦٩ - **الفروصه الثاني** - **هرم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم من معارضته أو بالرغم من أنه له حقا مقيدا** : أما إذا وجه للدائن معارضته إلى جميع الشركاء أو كان له حق مقيد ، وبالرغم من ذلك لم

(١) ديمواوب ١٧ ققرة ٢٢٨ - بودرى وقال في المواريث ٣ بقرة ٢٢٢٦ .

يدع إلى التدخل في إجراءات القسمة . ولم يتدخل هو من تلقاء نفسه ، فإن الشركاء يكونون قد خالفوا القانون في عدم دعوة الدائن إلى التدخل في إجراءات القسمة بعد أن وجه إليهم جميعا معارضة في أن تم القسمة دون تدخله ، أو بعد أن قيد حقه قبل رفع دعوى القسمة أو قبل إبرام عقد القسمة .

وجزاء ذلك هو ما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ مدنى ، فيما رأينا ، من أن تكون « القسمة غير نافذة في حقهم » أى في حق الدائنين الذين عارضوا أو الذين لم حقوق مقبلة . فالقسمة إذن تكون غير نافذة في حق هؤلاء الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى أن يثبتوا تواطؤ الشركاء ، بل ودون حاجة إلى أن يثبتوا غش الشريك المدين . فمجرد عدم دعوتهم إلى التدخل بعد أن عارضوا ، أو بعد أن قيدوا حقوقهم ، كاف لحمل القسمة غير نافذة في حقهم ، ماداموا لم يتدخلوا فعلا في القسمة . ولكن يجب مع ذلك على الدائن أن يثبت أن القسمة قد عادت عليه بالضرر . ويكفى لإثبات الضرر أن يثبت الدائن مثلا أن القسمة لم تضع في نصيب الشريك المدين إلا أموالا منقولة أو نقودا يسهل تهريبها ، أو جعلت هذا الشريك دائنا في القسمة بمعدل الشريك معسر ، أو جعلت نصيب هذا الشريك أقل من قيمة حصته الحقيقية ، أو لم توقع في نصيب هذا الشريك المال الذى ارتبته الدائن بل أوقعت هذا المال في نصيب شريك آخر . أما إذا بيع المال الشائع في المزاد واقتسم ثمنه ، فليس هناك ضرر لحق الدائن إذا لم يثبت أن المال الشائع قد بيع بشئ أقل كثيرا من قيمته الحقيقية .

ومضى أثبت الدائن الضرر الذى لحقه من القسمة ، وأصبحت القسمة غير نافذة في حقه : عاد المال إلى الشروع بالنسبة إلى هذا الدائن . ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد لتكون القسمة نافذة في حق الدائن ، ويجوز أن يطلب القسمة أى شريك حتى الشريك المدين ، كما يجوز أن يطلبها الدائن باسم هذا المدين .

ويجوز للدائن أن يقتصر ، بدلا من إعادة طلب القسمة ، على مطالبة الشركاء جميعا متضامنين بتعويض الضرر الذى لحقه من القسمة ، على أساس انطوائى الذى ارتكبه الشركاء في عدم دعوة هذا الدائن إلى التدخل . كما

يجوز للشركاء أن يفوا الدائن حقه ، فلا تصبح له مصلحة في الطعن في القسمة ، ويرجع الشركاء الذين دفعوا الدين على شريكهم المدين .

وإذا كان للشريك المدين وجه للطعن في القسمة ، كأن يطعن فيها بالغبن أو بالغلط أو بالإكراه أو بالتدليس أو بغير ذلك من وجوه الطعن ، جاز للدائن أن يستعمل حق مدينه فيطعن في القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة^(١).

٥٧٠ - الفرض الثالث - عزم نرفض الزايع في القسمة يؤخر

يعارض أو **بالرغم من دعوته إلى التدخل** : بقى الفرض الأخير ، وهو أن يكون الدائن لم يتدخل في القسمة ، إما لأنه لم يعارض : أو عارض (أو كان له حق مقيد) ودعى إلى التدخل فلم يتدخل بالرغم من دعوته إلى ذلك . وهذا الفرض هو الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ مئى ، فيها رأينا ، إذ تقول : « أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش » .

وفى هذا الفرض يكون الدائن إما غير مقصر إذا هو لم يعلم بالقسمة فلم يعارض ، أو يكون مقصراً إذا هو دعى إلى التدخل لمعارضته أو لأن حقه مقيد ومع ذلك لم يتدخل . وفى جميع هذه الأحوال ، مقصراً كان الدائن أو غير مقصر ، إذا تمت القسمة دون أن يتدخل في إجرائها ، فإن الشركاء لا ذنب لهم فى ذلك . فالدائن لم يعارض ولم يكن حقه مقيداً . ولذلك لا ذنب للشركاء إذا لم يدعوه للتدخل . أو دعاه الشركاء إلى التدخل لأنه عارض أو كان حقه مقيداً . فلا ذنب لهم أيضاً إذا كان هو لم يتدخل . ومن أجل ذلك تكون القسمة نافذة فى حق الدائن - إلا إذا طعن هذا فيها بالدعوى الواضبة ، فأثبت غش المدين وتواطؤ دائر الشركاء معه ، وفقاً للقواعد المقررة فى هذه الدعوى^(٢) .

وإذا كانت القسمة قضائية ، وصدر حكم بالقسمة : جاز للدائن أن يطعن فى هذا الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها .

(١) بوردى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٢٢٤٤ وقرة ٣٢٥٦ .

(٢) استئناف مخطط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ س. ٣٠٠ - ٢٩ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢

وتنص المادة ٤٥٠/ ١/ مراعاتاً في هذا الصدد على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثل أو تواطؤه أو إهماله الجسيم » . والمطلوب من الدائن في الفرض الذي نحن بصدده أن يثبت تواطؤ الشريك المدين مع سائر الشركاء كما سبق القول ، أما في اعتراض الخارج عن الخصومة فيكتفي من المدين أن يثبت غش المدين الشريك أو إهماله الجسيم .

ويختلف القانون الفرنسي عن القانون المصري في هذه المسألة . ففي القانون الفرنسي لا يجوز في الفرض الذي نحن بصدده أن يطعن الدائن في القسمة حتى بالدعوى البولصية ، سواء كان الدائن مقصراً أو غير مقصر . مادام الشركاء أنفسهم لم يقصروا . وقد أملى على القانون الفرنسي هذا الحكم حرصه على استقرار القسمة بعد تمامها ، فلا تعود عرضة للطعن فيها دون أن يكون هناك حبرر لذلك من تقصير الشركاء . وقد أعطى القانون الفرنسي الدائن الفرصة في نزع الغش في صورة وقائية ، بأن جعل له الحق في التدخل في القسمة قبل تمامها ، وذلك بدلاً من إعطائه الحق في الطعن فيها بعد تمامها بالدعوى البولصية . فإدام الدائن لم يتدخل ، ولو كان ذلك عن غير تقصير منه مادام الشركاء أنفسهم لم يقصروا ، فليس له بعد ذلك أن يطعن في القسمة ولو بالدعوى البولصية . ولكن يجوز ، حتى في القانون الفرنسي ، الطعن في القسمة بالصورية ، وكذلك الطعن فيها بالغش ، إذا سجل الشركاء بالقسمة تعديلاً غير مألوف ، وتعمدوا إخفاء ذلك عن الدائن إضراراً بمصلحه . وفي جميع الأحوال التي يحق فيها للدائن الطعن في القسمة ، يجوز له - بدلاً من الطعن فيها ، أن يرجع بالتعويض على الشركاء متضامين لما ارتكبوه من خطأ (١) .

(١) انظر في القانون الفرنسي في هذه المسألة بودرى وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٢٤٧ - خقرة ٣٢٥٤ .

وانظر في قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقت لإبهايل غانم فقرة ١٠٥ - فقرة ١٠٨ .
وانظر في قسمة الوقت محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٠ .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على القسمة

٥٧١ - **يبان هذه الآثار :** أهم أثر يترتب على القسمة هو إفراز حصّة للشريك في المال الشائع ، وما يصاحب ذلك من أثر كاشف .
والأثر الثاني هو ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأى منهم من تعرض أو استحقال في نصيبه المقرّر لسبب سابق على القسمة .
وهذان الأثران هما اللذان تتولى بهما هنا ، تاركين آثاراً أخرى ثانوية ، كالإلزام المتقاسم بنفع المعدل والزام الراعى عليه مزاد المال الشائع بنفع الثمن الذي رسا به المزاد ، إلى حكم القواعد العامة ، فهذه القواعد هي التي تسرى في هذا الصدد .

ويترتب على القسمة أيضاً حق امتياز المتقاسم . فللشركاء الذين اقتسموا منقولاً حق امتياز عليه ، تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل (م ١١٤٦ مدني) . وكذلك للشركاء الذين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه ، تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين ، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة (م ١١٤٩ مدني) . ولكن حق امتياز المتقاسم على المنقول وعلى العقار يدخل في موضوع التأمينات العينية ، وسنتناوله بالبحث في الجزء العاشر من الوسيط مع سائر التأمينات .

مطلب المؤول

الإفراز - الأثر الكاشف (*)

٥٧٢ - **نص قانوني :** تنص المادة ٨٤٣ مدني على ما يأتي :

(*) **مراجع :** Edmond du Card في الأثر الكاشف للقسمة في القانون القديم والقانون الحالي سنة ١٨٩٥ - Wahl في تطورات القضاء فيما يتعلق بالأثر الكاشف للقسمة (كتاب عليه التمرين) -

و يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية المحصص ١٠٧.

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق المادة ٤٥٧ ، وفي التقنين المدني المختلط المادة ٥٥٥.

== التقنين المدني الفرنسي ص ٤٤٣ وما بعدها - Pilon في المجلة التفسيرية لقانون المدني سنة ١٩٠٣ ص ٩١٧ وما بعدها - Desmetz في النظرية العامة للأثر الكاشف في القانون المدني الفرنسي باريس سنة ١٩٠٨ - Oiraud في تقسيم الحقوق في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ - Llobet في مصير الحقوق المترتبة على الأموال الثابتة في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ - Hebraud في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٢٨ - Morel في تصفية المشاركة بين الزوجين والتركعة وقسمتها دروس تقسيم الأكواد باريس سنة ١٩٤٩ - سنة ١٩٥٠ - حسن كبيرة في تصرف الشريك في جزء مغزول من الشيء المتعلق فصله من لة كلية الحقوق للبددين الثالث والرابع لعام سنة ١٩٦٢ - سنة ١٩٦٣ - متعبد مصطفي منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الثابتة وحماية كل شريك من تصرفات غيره في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٦٤ ص ٧٣ - ص ٢١٣ .

رسائل : Duedodon رسالة من جرينويل سنة ١٩٠٢ - Valentin رسالة من لاني . سنة ١٩٠٢ - Bodier رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ - Letail رسالة من ليل سنة ١٩٠٥ - Le Re رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - Bondet رسالة من تولوز سنة ١٩٠٧ - Repou رسالة من جاريين سنة ١٩٠٧ - Simon رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Paillard في الأمر الكاشف لقسمه في قاعة الضرائب رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - Gaillet دراسة في اقتراض الرجعية في قانون الفضي رسالة من بواتيه - Slesse رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - Querrel في الطبيعة الافتراضية المادة ٨٨٣ من التقنين المدني الفرنسي رسالة من ليد سنة ١٩٢٣ - Leclerc رسالة غير افتراضية لقسمه رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ - Vincent في تقسيم حقوق التركة وجوبها بين الورثة رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ - Chevallier في الأمر الكاشف للاقتراض والقبول رسالة من رن سنة ١٩٣٢ - Heber في نقل الحقوق في التركة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - Mouras رسالة من ناني سنة ١٩٣٩ - Verone رسالة من ليل سنة ١٩٤٦ - Boyer في فكرة الصلح رسالة من تولوز سنة ١٩٤٧ - Merle في النظرية العام انصرف الكاشف رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ - Deprez رسالة من رن سنة ١٩٥٣ .

(١) تاريخ النص - وهذا النص في المادة ١٢١١ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه المجلس النواب تحت رقم ٩١٢ ، فيجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٣ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٢٣ - ص ١٢٤) .

(٢) التقنين المدني الوطني السابق م ٤٥٧ : لكل حصة وقتت بموجب القسمة في نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة ويعدّها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التي قسمت .

ويعاقل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٩٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧٥ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٦^(١).

ويتبين من هذا النص أن القسمة ، عندما تفرز نصيب كل شريك ، يكون لها أثر رجعي . ذلك أن الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك في الشروع . فإذا كان قد تملك في الشروع بالميراث اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لامن وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك في الشروع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشرا لامن وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك في الشروع باعتباره شريكا مال الشركة بعد حلها اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت حل الشركة لامن وقت تمام القسمة ، وهكذا^(٢). وفي مقابل ذلك لا يعتبر الشريك أنه قد تملك

= (وهذا النص يوافق نص التقنين المدني الجديد).

التقنين المدني المختلط م ٥٥٥ : قسمة المال مينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت في نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع .
(وهذا النص يجعل لقسمة أثرأ ناقلا لا أثرأ كاشفا ، على خلاف التقنين المدني الإيطالي السابق والتقنين المدني الجديد) . ومع ذلك فقد جرى القضاء المختلط على أن يجعل للقسمة أثرأ كاشفا : استئناف مختلط أ بيل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٦ - ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٧ - ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤ - ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٣٨ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٠ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧٥ : ترجع جهة الإفراز على جهة المبادأة في القسمة ، فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائما مالكا ل حصته المقررة إلى آلت إليه ، وأنه لم يملك قط شيئا من باق الحصص . (وهذا النص يوافق نص التقنين المدني الجديد) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٦ : يعد كل متقاسم كأنه مالك في الأصل للأشياء التي خرجت في نصيبه أو التي افترأها بالمرأه عند بيع المال المشترك ، وكأنه لم يكن مالكا لساا الأشياء .. (وهذا النص يوافق نص التقنين المدني الجديد) .

(٢) ويستوى في ذلك أن يكن الشريك قد دخل منه بده الشروع ، أو دخل بعد ذلك بأن يفرز له شريك في الشروع من حصته الشائعة (يودى وقال في الموأدث ٤ فقرة ٢٣٨٩) .

في أى وقت أى مال آخر مفروز وقع في نصيب أى شريك آخر ، فلا يعتبر أنه قد تملك ولو حصّة شائعة في هذا النصيب المفروز الذى تملكه الشريك الآخر . وهذه هي النظرة التقليدية لأثر القسمة ومنها يتبين أن ليس للقسمة أثر كاشف (effect déclaratif) فحسب ، أى أنها لا تقتصر على أن تكشف عما يملكه الشريك مفروزاً في المال الشائع ، بل لها أيضاً أثر رجعى (effet rétroactif) أى أنها ترجع ملكية الشريك لنصيبه المفروز إلى الوقت الذى بدأ فيه الشيوع ، ولا تقف عند الوقت الذى تمت فيه القسمة (١) .

٥٧٣ - الأثر الفعلي للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل : والواقع من الأمر أن للقسمة ، بطبيعتها ، أثراً مزدوجاً ، كاشفاً وناقلاً . ولو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شائع ، وقلنا إن أرضاً يملكها اثنان في الشيوع لكل منهما النصف ، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكاً للشريكين تتراحم عليها ملكية كل منهما . فإذا اقتطعنا أى جزء مفروز منها ، كان هذا الجزء هو أيضاً ملكاً للشريكين تتراحم عليه ملكية كل منهما . فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما ، وأفرزنا نصيب كل منهما فيها ، فإن هذا النصيب يصبح مملوكاً لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر . فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقل ؟ إن الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض ، صار هذا النصيب المفروز ملكه وحده كما قدمنا . وكان هذا النصيب قبل القسمة ، وفي أثناء الشيوع ، ملكاً للشريكين لكل منهما النصف . فالإفراز إذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفروز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف ، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر ، فخلصت له بملك الملكية الكاملة في جميع النصيب . المفروز . ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التيملى في هذا الصدد : « القسمة ، سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية ، سواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية ، يترتب عليها أن : (١) يكسب لها أثر رجعى ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصّة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقية المحصل (قارن م ٥٥٥ من التفتيش المدنى المختلط وهي تنص على أن القسمة منشئة كالتبعية) . ومن أجل هذا يقال عادة إن القسمة مقررة أو كاشفة للحق . ويترتب على هذا الأثر الرجعى نتائج كثيرة معروفة ، أهمها أن تصرفات الشريك في جزء مفروز يوقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

في نصف النصيب ، وأثر ناقل في النصف الآخر . ويكون للقسمه اذن ، بطبيعتها ، أثر مزدوج ، كاشف وناقل^(١) .

ولما كان هذان الأثران يتعارضان ، لم يبق إلا أن تغلب أثراً حلي آخر في المواضيع التي يحسن فيها ، من الناحية العملية ، تغليب هذا الأثر . فتارة تغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليبه ، وتارة تغلب الأثر الناقل إذا دعت مقتضيات العملية إلى ذلك .

ولما كانت المقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي تغليب الأثر الناقل ، فقد سار التقنين المدني حلى النجس التقليدي وعم أثر القسمه ، فنجعله في جميع الأحوال أثراً كاشفاً .

(١) وهذا التحايل الذي نقول به نجد له نظيراً في الفقه الإسلامي ، فقد قال الكاساني في البدائع : « وأما بيان معنى القسمه ... فهي ... عبارة عن إثار بعض الانصبة عن بعض ومبادلة بعض ببعض ... فإذا قسمت (العين) بينهما نصفين .. فلا بد أن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشروع . فلو لم تقع القسمه مبادلة في بعض أجزاء المقسوم ، لم يكن المقسوم كله ملكاً للمقسم عليه ، بل يكون بعضه ملك صاحبه . فكانت القسمه منهما بالتراضي أو بطلبها من القاضي ربما من كل واحد منهما يزوال ملكه من نصف نصيبه به من وهو نصف نصيب صاحبه ، وهو تفسير المبادلة . فكانت القسمه في حق الأجزاء المملوكة له لإفرازها وتمييزاً أو تعييناً لها في الملك ، وفي حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه ... والقسمه ليست بمعاوضة مطلقة ، بل هي إفراز من وجه ومعاوضة من وجه .. » (البدائع ٧ ص ١٧) .

ونجد له نظيراً أيضاً في الفقه الفرنسي الحديث ، إذ يقول أوبري ورو : « والواقع من الأم أن القسمه ليست محض كاشفة كما هو شأن الحكم القضائي ، وليست محض ناقلة كما هو شأن البيع والمقايضة . فهي ليست محض كاشفة ، لأنها تحول حقاً شائناً في مجموع المال المملوك في الشروع إلى حق مقصور على صاحبه في جزء محدد تحديداً مادياً من هذا المال . وهي ليست محض ناقلة ، لأن كل شريك كان له قبل القسمه حق شائع في كل ذرة من ذرات الجزء المفروز الذي آل إليه . ومن ثم يبدو غير صحيح أن يقال إن القسمه محض ناقلة أو يقال إنها محض كاشفة ، فالعبارة الأخيرة تقتصر عن الحقيقة ، في حين أن العبارة الأولى تجاوزت الحقيقة » (أوبري ورو ١٠ فترة ٦٢٥ هامش ١) .

ويقول كولان وكايتيان دى لاموراندوير : « يبدو أن القسمه ... لها طبيعة مزدوجة ، فهي في وقت واحد كاشفة وناقلة » (كولان وكايتيان دى لاموراندوير الطابعة العاشرة ٣٠٤ ١١٤٣ ص ٥٨٨) : فهي كاشفة فيما يتعلق بما كان للتقسيم من حق شائع في الجزء الذي استقل به في القسمه ، وناقلة فيما يتعلق بحقوق الشركاء التي كانت لهم في هذا الجزء . وانظر أيضاً بيدان وليبال مكررة ٧١٢ ص ٢٨٢ .

٥٧٤ — تأييد التاريخ ففكرة المؤثر المزدوج : والتاريخ نفسه يؤيد فكرة الأثر المزدوج .

فقد كان للقسم في القانون الروماني أثر ناقل ، أى أن هذا القانون كان يغلب فكرة الأثر الناقل على فكرة الأثر الكاشف . والتصوير الفنى الذى انتهى به إلى هذه النتيجة هو أنه اعتبر الشريك ، فى اختصاصه عند القسمة ينصيب مفرز ، يكون قد بادل شركائه على حصصهم الشائعة فى هذا النصيب المفرز بنصته الشائعة فى كل نصيب مفرز لمولاء الشركاء . ولما كانت المبادلة خافضة للملكية ، فالقسم التى أجرت هذه المبادلة تكون هى أيضاً ناقلة للملكية . ولكن هذا التحليل أغفل أمر الحصة الشائعة التى كانت للشريك قبل القسمة فى نصيبه المفرز ، فهذه الحصة قد اندمجت فى نصيبه هذا وبقيت له بعد القسمة ، ومن ثم تكون القسمة كاشفة عن حقه فى هذه الحصة لا ناقلة لها . ومن أجل هذا قلنا إن القانون الروماني قد غلب الأثر الناقل على الأثر الكاشف ، لأن أثر القسمة لا يتمحض أثراً ناقلاً ، كما لا يتمحض أثراً كاشفاً . فإذا جعل القانون الروماني القسمة أثراً ناقلاً . فإنما يكون هذا تغليباً للأثر الناقل على الأثر الكاشف ، إذ لم تدع الحاجة العملية فى عهد القانون الروماني إلى تغليب الأثر الكاشف . وقد رتب الرومان على أن للقسم أثراً ناقلاً أن جعلوا كل متقاسم خلفاً خاصاً للمتقاسمين الآخرين فيما اختص به المتقاسم من نصيب مفرز ، فينتقل هذا النصيب المفرز إلى المتقاسم محملاً بالحقوق العينية التى رتبها للمتقاسمون فى أثناء الشيوخ عليه ، كحق رهن أو حق انتفاع . كذلك اعتبر القسمة ، بوصفها عقداً ناقلاً للملكية ، سبباً صحيحاً فى التقادم القصير .

وبقيت القسمة ذات أثر ناقل فى القانون الفرنسى القديم إلى أواخر القرن الرابع عشر على الأقل ، ثم ظهرت فكرة الأثر الكاشف تحت ضغط الحاجات العملية ، فهذه الحاجات هى التى غلبت ، على نقيض ما كان الأمر فى القانون الروماني ، الأثر الكاشف على الأثر الناقل .

ظهرت الحاجة العملية إلى الأثر الكاشف فى ميدان القانون المالى ، عندما أصبح التصرف فى أموال الإقطاع (fiefs) جائزاً بموافقة السيد (Seigneur) فى نظير تحصيل رسوم مالية (droits seigneuriaux, de lods et ventes) ،

جواز كانت القسمة نافذة كما كان الأمر في القانون الروماني ، فقد كان مقتضى ذلك أن ورثة التابع عند قسمة أموال الإقطاع فيما بينهم يدفعون رسوما للسيد إذ المال قد انتقل إليهم بالقسمة ، وذلك بالإضافة إلى الرسوم التي سبق لهم أن دفعوها عند انتقال أموال الثروة إليهم من مورثهم . فتضاديا من تكرار دفع الرسوم ، عرضت المسألة للبحث . واستقر الرأي على أن تعني القسمة العينية من الرسوم لأنها شئت بالمقايضة ، وكانت المقايضة «مقاة» من الرسوم . أما قسمة التصفية ، فقد ذهب ديمولان إلى إعفاؤها من الرسوم أيضا إذا رسا المزايد على أحد الشركاء^(١) . وقيل في تبرير ذلك إن القسمة هي نقل ضروري للملك (*aliénation nécessaire*) ، لأن الوارث لا يجبر على البقاء في الشروع . وقبل كذلك إن الرسوم قد دفعت عندما تغير شخص التابع بأشخاص الورثة عند الميراث ، أما القسمة فلا يترتب عليها تغيير في الأشخاص بل يبقى الورثة كما هم . ومهما يكن من أمر ، فإن الأثر الناقل للقسمة قد تقلص في ميدان القانون المالي تحت ضغط الحاجة العملية ، وحل محله الأثر الكاشف .

وظهرت الحاجة العملية أيضا إلى الأثر الكاشف في مجال القانون المدني ، إذ ظهر الرهن المعروف باسم "*obligatio bonorum*" ، وكان رهنا خفيا عاما ينشأ بحكم القانون على أثر أي تصرف في ورقة رسمية أو على أثر أي حكم بالمدىونية . فكان مقتضى أن للقسمة أثرا ناقلا أن ينتقل النصيب المقرض إلى الشريك محملا بالحقوق التي ترتبت عليه في أثناء الشروع ، ومنها هنا الرهن الخفي العام الذي كان ذائع الانتشار . فقبل ، للتخلص من فكرة الأثر الناقل للقسمة وتفادى هذا الرهن ، إن القسمة ليست من عقود المضاربة (*contrats de commerce*) ، بل هي وسيلة لحصول الشريك على حقيقة قيمة الجزء الشائع الذي كان له . ومن ثم تقرر أن المتقاسم يحصل على الجزء المقرض الذي يقع في نصيبه ، خاليا من الرهن الذي رتبته غيره ، ومن الحجر الذي وقع على حصه غيره^(٢) . وهكذا تغلب في مجال القانون المدني ، كما تغلب

(١) أما إذا رسا المزايد على أجنبي ، فقد احتبرت القسمة فيما ، من ثم أصبحت غامضة للرسوم .

(٢) ذلك بعد قضية مشهورة سميت بقضية الإخوة الأربعة (*Affaire de quatre frères*) ، صك فيها ديمولان بالأثر الناقل للقسمة ، وتغلب الرأي العكسي تحت ضغط الحاجات العملية .

في ميدان القانون المالى ، وتحت ضغط الحاجات العملية دائماً ، الأثر الكاشف للقسمة ، بعد أن كان الأثر الناقل هو المتغلب . وما لبث أن استقر الأثر الكاشف للقسمة في القانون الفرنسى القديم .

ونقل يوتيه القانون الفرنسى القديم في هذه المسألة على الوجه الذى استقر عليه ، وحاول تفسيره بطبيعة الشروع . ولكنه لجأ أخيراً إلى الافتراض القانونى ، فقال إن كل وأرث يعتبر أنه ورث وحده ومباشرة كل ما وقع في نصيبه ، وأنه لم يرث شيئاً فيما وقع في نصيب غيره من الورثة . ومن هذه العبارة نقلت المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى ، واستقيت المادة ٨٤٣ مدنى مصرى . ولا شك في أن تعميم الأثر الكاشف للقسمة في هذه النصوص إنما جاء عن طريق الافتراض والمجاز القانونى .

٥٧٥ — ظهور فكرة الأثر اللأشف في الفقه الحديث على سبيل

الحقيقة روى على سبيل المجاز والتمييز بين الأثر اللأشف والأثر المسمى : ثم ظهر أخيراً في الفقه الحديث اتجاه يذهب إلى أن الأثر الكاشف للقسمة لا يؤخذ على سبيل المجاز كما كان الأمر في القانون الفرنسى القديم ، وكما انتقل بعد ذلك إلى التقنين المدنى الفرنسى ، بل يجب أخذه على سبيل الحقيقة^(١) . فالقسمة بطبيعتها لها أثر كاشف ، إذ هي لا تنشئ حقاً جديداً للمتقاسم ، بل إن الحق الذى كان له في أثناء الشروع هو الذى آل إليه بالقسمة . وكل ما أحدثته القسمة من أثر في حق المتقاسم إنما كان في تركيز هذا الحق في محله المادى . فبعد أن كان الحق شائعاً بحصة معنوية في كل المال الشائع ، وكان هناك تباين بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى ، أصبح النطاق المعنوى للحق ، بالقسمة ، مطابقاً لنطاقه المادى . فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن أى

(١) انظر بلاتويل وريبر ومورى وفيلاتون في فقرة ٦٢٩ — أنسيكلويد دالوز ه لفظ Succession فقرة ١٧٦٥ — فقرة ١٧٦٦ — Siesse رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ص ٤٥٦ وما بعدها وص ٤٧١ وما بعدها — Chevalier رسالة من رن ١٩٢٢ — Houin بحوث جماعة هنرى كابينان سنة ١٩٤٧ جز ٣٠ ص ٢٤٨ وما بعدها — Boyer رسالة من تولوز ١٩٤٧ — Merle رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ فقرة ١٥٢ وما بعدها — Déprez رسالة من رن سنة ١٩٥٣ فقرة ٩٢ وما بعدها .

افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة عنها (١).

(١) وقد سائر هذا الاتجاه فريق من الفقهاء في مصر. فيقول الأستاذ إسماعيل غانم إن الحق المثل الصحيح لحق الشريك المشتاع هو أنه حق ملكية عمله المادى الشيء الشائع كله، وإن كان محمداً محمداً معنوياً بحصة الشريك في الشيوع. فيترتب على ذلك أن القسمة، بإفرازها للشريك جزءاً مادياً من الشيء الشائع يختص به وحده، لا تكسبه حقاً جديداً لم يكن له من قبل، فحقه أثناء الشيوع كان حق ملكية له المادى الشيء الشائع كله. وإنما هي تقتصر على التغير في هذا الحق على وجه معين، بإيجاد التطابق بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى. فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله ولكنه حدد محمداً معنوياً بالمثل مثلاً، وكان بذلك مستحباً بحقوق الشركاء الآخرين التي كانت ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله، أصبح هذا الحق ذاته يقتضى القسمة محمداً محمداً مادياً بجزء معين من الشيء يختص به الشريك وحده، ويمادل الحصة التي كانت له في الشيء كله. القسمة إذن لا تنقل المتقاسم حقاً جديداً، وإنما هي محمداً للحق الثابت له منذ أن تمكّن في الشيوع، فهي تقتصر على التغير في بعض عناصر هذا الحق، في نطاقه المادى والمعنوى، بحصلهما تطابقين، فتزول بذلك العقبات التي كانت ترجع إلى تشابك حقوق الشركاء على الشيء والتي كانت تحول بين كل شريك وبين الأفراد مباشرة ملكيته. وإذا اتضح أن هذه هي وظيفة القسمة، فإن وصلها بأنها كاشفة يكون مبرراً عن حقيقة الحال... وإذا كان الأثر للكاشف لا يتضمن أى افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو ما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها، فلا محل للتدقيق في تطبيقه... (إسماعيل غانم بقرة ١١٣ ص ٢٦١ - ص ٢٦٢). ويقول الأستاذ حسن كيرة: «فالقسمة إذن لها أثر كاشف، بمعنى أنها لا تحقق لأى متقاسم حقاً جديداً لم يكن له، بل هي تكشف عن حق ملكيته القائم أصلاً منذ الشيوع والمتمدد بعد القسمة، ولكن بتعديل جهه في محله: فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشيء الشائع كله دون تحديد، تأتي القسمة فتلون ما كان قائماً له من ملكية ولكنها تحد من محلها فتحصره - بما يطابق ما كان له من حصة معنوية - في جزء مادي مفرز من هذا الشيء، فتزول بذلك ما كان يقيد من مباشرة هذه الملكية في وضعها السابق بحمل سلطاتها على أهل المحدد بالإفراز مطابقة خالصة للمعسوم له وحده. فحق المتقاسم بعد القسمة هو نفس حقه القائم قبلها وينفس عنه، ولكن بعد أن تحقق بالإفراز التطابق بين أهل المادى والحصة المعنوية بما يتمتع به ما كان مصاحباً للشيوع قبل القسمة - نتيجة انعدام هذا التطابق - من تعدد أصحاب الحق وتزامن سلطاتهم على نفس المثل» (حسن كيرة بقرة ١٥٣ ص ٥١٢). ويقول الأستاذ عبد المنعم فراج الصدة: «إن حق الشريك المشتاع، وإن كان محمداً محمداً معنوياً بحصته الشائعة، إلا أنه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك، وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع لخص ملكيته للشريك كله ما تاماً. والقسمة إذ تحقق هذا التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع، فهي لا تحول للشريك شيئاً جديداً، وإنما سند حق الشريك هو السند الأصل للملكية الشائعة.. وهي لا تحول للشريك حقاً جديداً، بل يقتصر أمرها على التغير في حق الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق.. والأثر للكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة كما قلنا، لأنه مستمد من طبيعة القسمة» (عبد المنعم فراج الصدة بقرة ١٥٣ ص ٢٣٧).

والتألولون بالأثر الكاشف الحقيقي للقسمة يميزون بين هذا الأثر الكاشف وبين الأثر الرجعي ، فيقولون بالأول ولا يقولون بالثاني . فالأثر الكاشف عندهم يكفى للوصول إلى أهم نتيجة يقصد إليها من القول بالأثر الرجعي ، وهي أن يخلص للمتقاسم نصيبه المقرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة في أثناء الشروع . فما دامت القسمة لها أثر كاشف ، فهي تكشف عن حق المتقاسم في نصيبه المقرز ، وعن أن هذا الحق كان موجودا قبل القسمة وفي أثناء الشروع ، وأنه هو نفسه المسمى آ ل إلى المتقاسم بالقسمة ، فيؤول خاليا من تصرفات شركائه ومحملا بتصرفاته هو . ولا حاجة بعد ذلك إلى الأثر الرجعي ، وهو الأثر الذي ينطوي عليه نص المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى ونص المادة ٨٤٣ مدنى مصرى ، إذ بموجب هذا الأثر « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آ ل إليه منذ أن تملك في الشروع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص » . فيفترض إذن بمقتضى الأثر الرجعي أن كل وارث مثلا قد ملك نصيبه المقرز في التركة منذ موت مورثه ، ويترتب على ذلك هو مرحلة الشروع التى أعقبت

— ويخالف الأستاذ منصور مصطفى منصور هذا الذي ين من الفقهاء ، ويذهب ، على التقييد منهم ، إلى أن القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة ، فيقول : « وجود حق شائع للمتقاسم قبل القسمة على الجزء المقرز الذى اختص به لا يمنع من القول إن القسمة ناقلة ، فالقسمة لم تنقل ... إلا الحق الشائع الذى كان لنصيب المقرز على الجزء المقرز الذى اختص به . وباجتماع هذا الحق مع ما كان للمتقاسم من قبل تنقل له الملكية من زمة » . (منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأثر إلى الشائعة في لمة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٣٢) . ويد الأستاذ منصور مصطفى منصور على التركة « ثبوتية في أقوال هذا الفريق من الفقهاء ، من أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه الممتدى وبذلك لا يصبح للشريك بعد القسمة حق جديد بل هو الحق القديم الذى كان قائما وقت الشروع بعد أن تحدد معه المادى ، بما يأتى : « معنى أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه الممتدى ، أنها تعطى الشريك ، الذى له الثلث مثلا ، حقا له كل مضمون الملكية على ثلث الشيء ، بعد أن كان له حق بحد له ثلث مضمون الملكية على الشيء كله . ولا يمكن — في ظل هذا التفسير — أن نقول إن القسمة قد أيقنت على الحق ذاته بعد أن أسدده .. ذلك أن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبل القسمة ، سواء من حيث أهل ومن حيث المضمون . فقبل القسمة كان له حق يمد على كل شيء ومضمونه هو جزء من مضمون الملكية ، وبعد القسمة أصبح للشريك حق يرد على جزء من الشيء ومضمونه هو كل مضمون الملكية . وهو ما يمكن — في تقديرنا — القول إن القسمة تعطى الشريك حقا آخر غير الحق ائمن كان له أثناء الشروع » (منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة لطم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٧١) .

موت المورث و بقيت إلى أن تمت القسمة ، وهي مرحلة قد تطول سنين عديدة ، ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعي ويعتبرها كأنها لم تكن . وواقع الأمر أن مرحلة الشيوخ هذه قد وجدت ، ونظمت آثارا لا يجوز تجاهلها ، منها أن ما قبضه الورثة من الثمار في أثناء الشيوخ لا يجب رده^(١) ، ولو أعمل الأثر الرجعي لوجب ردها ولوجب أن يستولى كل وارث على ثمار نصيبه المقرض منذ موت مورثه . ومنها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة لا وقت موت المورث ، بما دخل فيها وبما خرج منها من أموال ، ويعتد بقيمة المال وقت القسمة لا وقت موت المورث^(٢) . فهذه مسائل تدل على وجوب الاعتداد بمرحلة الشيوخ التي سبقت القسمة ، وإذا جاز القول بالأثر الكاشف وهو لا يمس مرحلة الشيوخ هذه ، فإنه لا يجوز القول بالأثر الرجعي ومن شأنه أن يحو مرحلة الشيوخ محو تاما ويعتبرها كأنها لم تكن^(٣) .

٥٧٦ - تضارب الآراء فيما يجب إعماله من تعديل في نصوص

التفصيل المردى الخاصة بأثر القسمة : وقد دعا هذا الأثر المزدوج للقسمة ، وتغليب الأثر الكاشف تارة بل جعله هو الأثر الطبيعي ، وتغليب الأثر الناقل

(١) وقد نفست محكمة النفس بأن الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوخ من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم ، وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقا في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة . ولا يقدر في ذلك ما اقتضت به المادة ٨٤٣ مدني من اعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تمكن في الشيوخ ، ذلك أن حلة تقرر هذا الأثر الرجعي للقسمة هي حماية المتقاسم من الحقوق التي تنبأ غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوخ بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المقرض الذي خصص له في القسمة مطهرأ من هذه الحقوق . ويجب قصر إعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق ، واستيماده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة (نفس مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام التقاضي ١٦ رقم ١٨٠ ص ١١٤٥) .

(٢) فلانديول وريزيير وبولانييه ٣ فقرة ٣١٢٣ .

(٣) انظر فلانديول وريزيير وبولانييه ٣ فقرة ٣١٢٧ - وانظر في الأضخ بالأثر الكاشف دون الأثر الرجعي إسحاق غانم فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ وقرة ١٣٢ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٥ - حسن كيرة فقرة ١٥٥ وما بعدها - وانظر في استساغة القول بالأثر الرجعي مع القول بالأثر الناقل للقسمة منصور مصطفى منصور فقرة ٨٥ ص ٢١٣ - ص ٢١٥ .

تارة أخرى ووصفه بأنه هو الأثر الطبيعي ، إلى تضارب الآراء فيما يقترح إدخاله من تعديل في نصوص التقنين المدني في هذا الخصوص .
 فمن قائل بضرورة إلغاء المادة ٨٤٣ مدني اعتماداً على أن القسمة كاشفة بطبيعتها ، فيغني ذلك عن تقرير الأثر الرجعي . ويقول أنصار هذا الرأي إن « في هذا التصوير الجديد للملكية الشائعة والقسمة ، لم تعد للأثر الرجعي ضرورة تقتضيه . فتصرف الشريك أثناء الشيوع في الشيء الشائع ، ولو أنه صادر من مالك ، إلا أنه لا يكون نافذاً قبل شركائه لما فيه من «سوء» يعقوبهم . ولن يتغير الوضع إذا ما تمت القسمة فوقع الجزء الذي تصرف فيه الشريك في نصيب شريك آخر ، إذ أن الشريك الذي اختص بذلك الجزء ليس خلفاً للشريك المتصرف ، فالقسمة كاشفة لا ناقلة ، فيظل التصرف غير نافذ . وبذلك يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرد ، ويتمتع بحايته من الحقوق التي تقررت من قبل متقاسم آخر ، غير حاجة إلى افتراض أثر رجعي للقسمة» (١) .
 ونرى بما قدمناه أن صحة هذا الرأي يتوقف على التسليم بأن القسمة كاشفة بطبيعتها ، وهو تصوير حديث لا يزال محلًا للمناقشة والأخذ والرد ، ويوجد رأي يعارضه فيذهب إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها وقد سبقت الإشارة إلى هذا الرأي (٢) .

ومن قائل بضرورة تعديل المادة ٨٤٣ مدني بما يستبعد الأثر الرجعي للقسمة وبرز أثرها الكاشف ، وفي رأي أصحاب هذا القول يمكن أن يتم التعديل على النحو الآتي : « يعتبر المتقاسم مالكا للنصيب المقسوم بناء على السند الذي تملك به في الشيوع ، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء» (٣) . ويعيب هذا الرأي ، في نظرنا ، فضلاً عن أنه يذهب

(١) إسماعيل غانم فقرة ١٢٢ ص ٣٠٥ ورقة ١٣٣ .

(٢) انظر آتفاقاً ص ٥٧٥ هامش ١ - ويلاحظ أن الإجماع الحديث الذي يذهب إلى أن القسمة بطبيعتها أثر كاشف شأنه ، كما رأينا ، أن يجعل محل الحق الشائع للشريك ، في أثناء الشيوع ، هو المال الشائع كله . وهذا يتعارض مع ما قدمنا من أن حق الشريك في الشيوع يقع على حصة معنوية في المال الشائع (quote - part abstraite) لا على كل المال الشائع (انظر آتفاقاً فقرة ٤٨٥ فقرة ٥١٤ في الهامش) .

(٣) حسن كبرة في تصرف الشريك في جزءه من الشيء الشائع فصلة من لمة كلية الحقوق سنة ١٩٦٢ - سنة ١٩٦٣ ص ٧٦ .

إلى أن القسمة كاشفة بطبيعتها وهو رأى لا يزال محلاً للنظر كما قلنا ، أنه يقصر الأثر الكاشف على بعض النتائج التي ترتب عليه ، ويغفل نتائج أخرى يتركها النص فتضطرب فيها الآراء . من ذلك هل يجوز اعتبار القسمة سببا صحيحا في التقادم القصير ، فإذا قيل لا يصح وهو القول المعمول به تعارض هذا القول مع التعديل المقترح إذ لم يذكر هذا التعديل هذه النتيجة فيما ذكره . ومن قائل بأن القسمة ناقلة بطبيعتها وليست بكاشفة ، ويقترح إلغاء المادة ٨٤٣ مدني ، وبهذا الإلغاء - كما يقول أنصار هذا الرأي - يزول السند التشريعي لوصف القسمة بأنها كاشفة ، وتصبح مسألة بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأى تختمل الخلاف^(١) . وإذا ترك بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأى تختمل الخلاف ، فالمنتظر أن الآراء تضطرب كثيرا في ذلك ، وهي منذ الآن ومع وجود نص المادة ٨٤٣ مضطربة . وقد رأينا أصحاب الرأي الأول يذهبون هم أيضاً إلى إلغاء المادة ٨٤٣ ، ليصلوا إلى نتيجة هي عكس النتيجة التي يريد أن يصل إليها أصحاب هذا الرأي الأخير ، وهي أن القسمة كاشفة لا ناقلة .

(١) منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأمه ال القائمة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ٢١١ . وانظر في بقية التعديلات التي يقترحها - غير إلغاء المادة ٨٤٣ - نفس المرجع ص ٢١٢ - ص ٢١٣ .

ويذهب الأستاذ منصور مصطفى إلى إمكان استخدام نظرية الحلول التي للوصول إلى جعل النصيب المفرز للشريك ينتقل إليه خاليا من تصرفات شركائه ، فيقول في هذا المعنى : «حق الشريك في الشيوع بطبيعته معرض دائما للتحويل إلى ملكية مفرزة على ما يختص به هذا الشريك عند القسمة . ولما كان وصف حق الشريك في الشيوع على هذا النحو مستمداً من طبيعة الحق نفسه ... فكل تصرف من الشريك في حقه بإنشاء حق الغير عليه يؤدي إلى أن يكون حق الغير لنفسه موصفاً بمثل هذا الوصف على الأساس السابق وهو أن الشخص لا يملك غيره أكثر مما له . نكأ أن المالك تحت شرط أو المالك ملكية مؤقتة لا يستطيع أن ينشئ لغيره إلا حقاً معلقاً على شرط أو حقاً مؤقتاً ، فكذلك المالك في الشيوع وحقه معرض دائماً للتحويل على النحو الذي يبيناه لا يستطيع أن يملك غيره إلا حقاً معرضاً للتحويل على نفس الوجه . فلا يتبع حق الشريك الذي ينتقل بالقسمة إلى متفاس آخر ، وإنما يرد على ما يختص به الشريك الذي أنشأه . فكذلك يصعد تغيير المحل ، فقد نشأ الحق ابتداءً على حق الشريك الشائع ، ولما استبدل الشريك بمقتضى القسمة بهذا الحق الشائع حقاً مفرزاً ، يصبح الحق المفرز محلاً لحق الذي كان وراءه على الحق الشائع . وبذلك نكون أمام تطبيق من تطبيقات نظرية الحلول التي » (منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال القائمة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٨٢) .

ولكى أن ينحسم الخلاف حول هذه المسألة ، وإلى أن يستقر الرأي في الاتجاه الجديد الذى أخذ يظهر في الفقه الحديث ويقول إن القسمة كاشفة بطبيعتها ، لا ضرر من استبقاء المادة ٨٤٣ مدنى كما هي ، تخلف على القسمة أثر كاشفا وأثرا رجحيا في وقت واحد ، على أن يكون هذا وذلك على سبيل الافتراض القانوني أو المحياز . فلتستخلص جميع النتائج التي تدعو الحاجات العلمية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف المفترض ، دون استغراق لجميع النتائج التي يمكن أن تستخلص من الأثر الرجحى إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك^(١) . ويشفع لما نقول أن القسمة في حقيقتها لها أثر مزدوج ، فسواء قلنا إنها أثر كاشفا أو قلنا إن لها أثرا ناقلا ، فلا بد من استخدام شيء من الافتراض والمحياز في كل من القولين . فالقول بالأثر الكاشف قول ينطوى على افتراض.

(١) ومن المسائل التي يستجد فيها الأثر الرجحى ، لأن الحاجة العملية لا تستدعى إعمال هذا الأمر ، ما يأتي :

أولا - إثبات التي ينتجها المال الشائع في أثناء الشيوع تكون من حق الشركاء كل بقسمة حصته الشائعة . فإذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة إلى نصيب مفرد ، لم يكن لهذا الشريك أن يتسلط بالأثر الرجحى المطالبة بتأجيل هذا للتصيب المفرد من يد الشيوع ، فهو إذن لا يستأثر بتأجيل هذا التصيب إلا من وقت القسمة (انظر ألفا فقرة ٥٧٥) .

ثانيا - الدبرة في تحديد المال الشائع وفي تكوين الحصص تكون بالمال المدجود بقيمة هذا المال ، لا وقت بدء الشيوع ، بل وقت القسمة . وكان مقتضى الأثر الرجحى أن تكون الدبرة في كل ذلك بوقت بدء الشيوع لا بوقت القسمة (انظر ألفا فقرة ٥٧٥) .

ثالثا - يبقى التصرف الصادر من جميع الشركاء في أثناء الشيوع جميعا بعد القسمة ، حتى لو وقع المال المتصرف فيه في نصيب شريك دون غيره من الشركاء (انظر المادة ١٠٣٩ / ١ مدنى) . وكان مقتضى الأثر الرجحى أن تسقط تصرفات الشركاء إلا تصرف الشريك الذي وقع في نصيبه المال . وكالتصرف الصادر من جميع الشركاء المتصرف الصادر من أغلبية الشركاء بالشروط الواردة في المادة ٨٣٢ مدنى .

رابعا - إذا صدر قانون جديد في أثناء الشيوع يقرر قواعد جديدة للقسمة ، وجب تطبيق هذا القانون الجديد على القسمة التي تمت بعد صدوره . وكان مقتضى الأثر الرجحى عدم تطبيق هذا القانون الجديد ، مادام الشريك يعتبر مالكا لنصيبه المفرد بأثر رجحى في وقت سابق على صدور هذا القانون .

وانظر في مسائل أخرى متعلقة بكسب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصل وبوقت التنازل وانقطاعه وبحق التقدم للدائن المرتهن على من الذى اختص به الشريك الراهن : إسماعيل غانم فقرة ١٣١ ص ٢٩٧ - ص ٣٠١ .

يفعل ما بداخل هذا الأثر الكاشف من أثر ناقل ، وكذلك القول بالأثر الناقل لا يخلو من افتراض يستبعد ما يوجد من أثر كاشف إلى جانب الأثر الناقل^(١) .

ومهما يكن من أمر ، فلاشك في أن المادة ٨٤٣ مدني ، من ناحية القانون الوضعي ، تقرر الأثر الكاشف للقسمة مصحوبا بالأثر الرجعي ، وقد جاء كل ذلك على سبيل الافتراض والمجاز . فنبحث في صدد هذا النص مسألتين : (١) مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة . (٢) النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف .

١٥ - مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة

٥٧٧ - أ . مجال التطبيق من ناحية التصرفات : كل تصرف من شأنه أن ينهي الشروع يكون له أثر كاشف : فالقسمة النهائية أيا كان نوعها ، قضائية كانت أو اتفاقية^(٢) ، عينية أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، يكون لها أثر كاشف^(٣) . أما القسمة المؤقتة ، وهي قسمة المهابأة ، فليس لها هذا الأثر ، إلا إذا بقيت المهابأة للمكانية خمس عشرة سنة فانتقلت إلى قسمة نهائية^(٤) .

وفي قسمة التصفية تفصيل ، إذ يجب التمييز بين ما إذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء أو يبيع لأجنبي . فإذا كان قد بيع لأحد الشركاء ، يبيعا في المزاد

(١) ولعل هذا هو الذي دفع لجنة تنقيح القوانين المدني الفرنسي إلى أن تستيق في مشروعها ١ تمهيدي نص المادة ٨٨٣ مدني فرنسي (وهي التي تقابل المادة ٨٤٣ من تقنيننا المدني) . فقد انتهت اللجنة ، بعد مناقشات طويلة ومشروعات كثيرة ، إلى نص مستمد من المادة ٨٨٣ يسري على القسمة وعلى كل تصرف يعادل القسمة يكون الغرض منه إنهاء حالة الشيوع أو التجهيد لهذا الإنهاء (انظر أعمال لجنة تنقيح القوانين المدني الفرنسي سنة ١٩٥٣ - سنة ١٩٥٤ ، سنة ١٩٥٤ - سنة ١٩٥٥ ص ٣٠١ وما بعدها) .

(٢) وكانت قسمة قضائية .

(٣) كحة النقض الفرنسية في دورتها الجمعية ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٧ دالوز ١٩٠٨ - ١١٣ - أوبري ورو ١٠ فترة ٦٢٥ هاش ٩ ثانيا - بيدان ، ليال ، مكررة ٤١٧ -

بلاط ، دوربيير ، لانجيه ٣ فترة ٣١٣١ - كولاو وكابيتان ودولامور اندير ٣ فترة ١١٤٧ - (٤) انظر المادة ١/٨٤٦ مدني وانظر أيضا فترة ٤٩٢ .

أو بيع ممارسة ، كان البيع قسمة أوقعت في نصيب الشريك المشتري هذا المال بأثر كاشف ، فيعتبر أنه قد تملكه منذ بدء الشروع^(١). ومن ثم تسقط تصرفات كل شريك آخر في هذا المال تكون قد صدرت في أثناء الشروع ، وتتخبت تصرفات الشريك الذي وقع المال في نصيبه . أما الثمن الذي يبيع به المال للشريك فيكون له حكم معدل القسمة ، ولكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة . وإذا كان المال قد بيع لأجنبي ، يباع في المزاو أو بيع ممارسة ، فإن للتصرف يعتبر يباع فيما بين الشركاء والمشتري^(٢) . ومن ثم يجوز للمشتري أن يظهر العقار المبيع من الرهون التي ترتبت عليه من الشركاء في أثناء الشروع^(٣). أما فيما بين الشركاء فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف ، ومن ثم يعتبر للشريك الذي وقع في نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذي باع المال الشافع للأجنبي ، وعلى ذلك يكون للدائن الذي رتب له هذا الشريك رهناً على العقار المبيع حق التقدم في الثمن الذي يبيع به العقار دون أن يزاوجه دائر رتب له شريك آخر رهناً على العقار^(٤) .

(١) أوبر و ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٦ ثانياً و هامش ٦ ثالثاً - بيدان وليبال • مكرور فقرة ٧٢٠ - بلانيول و ريبير وبولانجيح ٣ فقرة ٣١٣٢ - كولان وكابيتان و دى لاموراندبير ٣ فقرة ١١٤٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢ يولييه سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٥٧ - ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٣٩٦ - أوبري و د ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٦ رابعا - بيدان وليبال • مكرور فقرة ٧٢٥ - بلانيول و ريبير وبولانجيح ٣ فقرة ٣١٣٣ - فقرة ٣١٣٤ - كولان وكابيتان و دى لاموراندبير ٣ فقرة ١١٤٩ - فقرة ١١٥٠ .

(٣) وهناك نتائج أخرى ترتب على أن القسمة تعتبر قسمة إذا وقعت للبين في نصيب أحد للشركاء ، وتعتبر يباع إذا وقعت لأجنبي . فإن التصفية إذا اعتبرت قسمة جاء نقضها للبين ، و ترتب عليها امتياز المتقاسم ، وكذلك ضمان الاستحقاق في القسمة . أما إذا اعتبرت للتصفية يباع ، فينته لا يجوز نقضها للبين إلا إذا كانت للبين عقارا وكان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية ، و ترتب عليها امتياز البائع لا امتياز المتقاسم ، و ضمان الاستحقاق في البيع لا في القسمة (بلانيول و ريبير وبولانجيح ٣ فقرة ٣١٣٤) .

(٤) نقض فرنسي ٢ يولييه سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٥٧ - ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٣٩٦ - أوبري و د ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٢٥ - بيدان وليبال • مكرور فقرة ٧٢٢ - فقرة ٧٢٨ - بلانيول و ريبير وبولانجيح ٣ فقرة ٣١٥٤ - فقرة ٣١٥٦ - كولان و كابيتان و دى لاموراندبير ٣ فقرة ١١٥١ .

٥٧٨ - تصرفات تناول المصنف فيكون لها أثر كاشف : ويعتبر

بيع أحد الشركاء حصته للشائعة لشريك آخر تصرفا معادلا للقسمه فيكون له أثر كاشف ، إذ تضاف الحصة المبعة إلى حصة الشريك المشتري ، ويتقاضى للشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معادلا^(١) ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبعة من وقت بدء الشروع ، لا من وقت البيع . أما إذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك آخر ، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمه لأن القسمه من المعاوضات لا من التبرعات ، ومن ثم تكون الهبة ناقلة لا كاشفة^(٢) .

وبمعادل القسمه الكلية للقسمه الجزئية . فالتصرف الصادر لشريك من سائر الشركاء ، ويكون من شأنه أن ينهى الشروع بالنسبة إلى هذا الشريك وحده مع بقاء الآخرين في الشروع ، يكون تصرفا كاشفا ، وعلى ذلك يعتبر الشريك فيها اختص به من المال مفرزا مالكا له من بدء الشروع لا من وقت التصرف^(٣) .

٥٧٩ ب - مجال التطبيق من ناحية الأموال : ويتناول الأثر

(١) نقض فرنسي ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٢٥ - أوباي ورو ١٠
فقرة ٢٤٠ وهواش ٧ إلى ٨ ناليا - بودري وقال في الموارث ٣ فقرة ٣٢٠٣ - بيدان وليبال
م. مكر فقرة ٧١٤ - كه لان وكايتان وفي لامور اندوير ٣ فقرة ٣١٣٦ .

(٢) أوباي ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هاش ٣ - بيدان وليبال م. مكر فقرة ٧١٤ - كولان
وكايتان وفي لامور اندوير ٣ فقرة ١١٥٢ - وقارن پلانيد دوايير وبولانچيه ٣ فقرة ٣١٣٧ -
ويوجد في أحكام القضاء الفرنسي ما يقرر في عبارات عامة أن كل تصرف يكون الفرض منه
إنهاء الشروع تماما ما بين الورثة ، أو ما بين الشركاء في الشروع ، تكون له حتما طيبة القسمه ،
أيما كان الأهم الذي أسماه المتناقلون للتصرف (جرينوبل ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ -
٣٠ - ١٢٧ - أورليان ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٨ - ٢ - ٢٣٩) . ومن ثم قد
قضى بأن بيع بعض أعيان التركة الصادر لاحد الورثة من سائرهم ياتحق بقسمه التصفية ويمكن له
أثر كاشف (ج. يونيو ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ٢ - ١٢٧) ، وعلى ذلك يعتبر
الموارث في هذه الحالة مالكا لما اشترى من وقت موت المورث لا من وقت البيع .

(٣) نقض فرنسي ٢٣ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٣٢٦ - على أن القضاء
الفرنسي ، في مجموعه ، يقضى بنفس ذلك ، ويشترط حتى يكون التصرف كاشفاً أن ينتهي الشروع
بالنسبة إلى جميع الشركاء (پلانيد وديير وبولانچيه ٣ فقرة ٣١٤١ - أنديكوليد دالوز
لفظ Succession فقرة ١٧٩٢ - فقرة ١٧٩٣) .

والفارق في فروس أخرى للقسمه الجزئية پلانيد وديير وبولانچيه ٣ فقرة ٣١٤٣ -

فقرة ٣١٤٥ .

الكاشف كل الأموال الشائعة التي كانت عملاً للقسمة وتم إفرازها ، فيتناول العقار والمنقول ، كما يتناول الأشياء المادية والحقوق المنوية كحق المؤلف . وبذلك يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف ما يأتي :

أولاً - معدل القسمة ، فإذا قسمت أرض ودار شائعتان بين شريكين ، فأخذ أحدهما الأرض والآخر الدار ، على أن يدفع صاحب الأرض معدلاً لصاحب الدار ، فإن هذا المعدل مال أجنبي عن الأموال التي أفرزت بالقسمة وهي الأرض والدار . فيسرى الأثر الكاشف على كل من الأرض والدار ، ولا يسرى على المعدل . ومن ثم يعتبر كل من الأرض والدار ملكاً لصاحبه من وقت بدء الشيوع ، لا من وقت القسمة . أما المعدل فلا يسرى عليه الأثر الكاشف ، فيقوم التزاماً في ذمة المدين به بموجب القسمة ، ولكن بأثر ناقلي لا بأثر كاشف . فلو أن المعدل كان عقاراً ، بأن التزم صاحب الأرض لصاحب الدار بإعطائه منزلاً صغيراً معدلاً للقسمة ، فإن القسمة بالنسبة إلى هذا المنزل الصغير تكون ناقلة لا كاشفة ، ويترتب على ذلك أن ملكية المنزل لا تنتقل إلى صاحب الدار حتى فيها بين المتعاقدين إلا بالتسجيل .

ثانياً - الحقوق الشخصية (créances) التي تشمل عليها التركة لا تدخل في الشيوع مع أموال التركة الشائعة ، بل تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كل بنسبة حصته في التركة^(١) . ومن ثم لا تمر هذه الحقوق بمرحلة شيوع تسبق القسمة ، بل هي منذ البداية تنقسم بين الورثة كما قدمنا ، فلا مجال لإعمال الأثر الكاشف بالنسبة إليها . ويعتبر كل وارث صاحب حصته في الحق الشخصي من وقت وفاة المورث ، لا بفضل الأثر الكاشف للقسمة ، بل بفضل انقسام الحق الشخصي بمجرد وفاة المورث . وإذا كانت المادة ٩٠٧ مدني تنص على أنه « إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقي الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أصبر بعد القسمة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » ، فليس هنا معناه أن الحق الذي للتركة يبقى شائعاً بين الورثة إلى حين القسمة . فهو ينقسم ، كما سبق القول ، على الورثة ، ثم إذا وضع كل الحق عند القسمة

(١) ما لم تكن غير قابلة للتجزئة تجري عليها أحكام عدم التقابلية للتجزئة ، لا أحكام

في نصيب أحد الورثة ، فلئما يكون ذلك في العلاقة فيما بين الورثة وحدهم أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق فإنه يموت المورث يصبح مدينا لكل وارث بمقدار حصته ، وعندما يقع الحق في نصيب وارث واحد عن طريق القسمة ، يجب على كل واحد من الورثة الآخرين أن يحول حصته في الحق لهذا الوارث عن طريق حوالة الحق . ولا يصبح هذا الأخير صاحب الحصص الباقية من الحق ، بالنسبة إلى المدين ، إلا من وقت صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين بإعلانها أو بقبولها (١)

٥٨٠ - ٥. مجال التطبيق من ناحية الأشخاص : يسرى الأثر الكاشف بالنسبة إلى جميع المتقاسمين ، أي بالنسبة إلى جميع الملاك على الشيوع وقت القسمة . ويستوى في ذلك من كان يملك في الشروع منذ بداية الشيوع ومن كان يملك في الشيوع بعد ذلك مادام أنه مالك في الشروع وقت القسمة. ومن ثم يسرى الأثر الكاشف على جميع الورثة ، وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوع قبل القسمة . فليس من الضروري إذن أن يكون جميع الملاك في الشيوع قد استملوا حقوقهم من سند واحد ، بل قد تختلف سندات التملك فيملك أحد الملاك المشتاعين بموجب سند معين وملك مالك مشتاع آخر بموجب سند غير السند الأول ، ومع ذلك يسرى الأثر الكاشف لقسمة المال المشتاع بالنسبة إلى الاثنين معاً (٢) .

ويسرى أيضاً الأثر الكاشف بالنسبة إلى الغير . فإذا رهن أحد الملاك المشتاعين قبل القسمة حصته أو جزءاً مفزاً من المال الشائع لدائن مرتين ، فإن هذا الدائن - وهو من الغير - يسرى في حقه الأثر الكاشف . ويتربط على ذلك أنه عند القسمة ينتقل إلى شريك آخر ، غير الشريك الراهن ، نصيبه المفرز خالياً من الرهن ، بفضل الأثر الكاشف للقسمة وقد سرى في حق

(١) ولكن الورثة يضمنون للوارث الذي وقع في نصيبه الحق ، ليس فحسب وجه الحق كما هي القاعدة العامة (م ١/٣٠٨ مدني) ، بل أيضاً يسار المدين وقت للقسمة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك - انظر في هذه المسألة إسماعيل غانم بقرة ١٢٩ .

(٢) أوبري ورو ١٠ بقرة ١٢٥ وهامش ٩ ثالثاً ورابعاً - بودوي وثال في الموارث ٣ بقرة ٣٢٨٩ .

الدائن المرتهن وهو من الغير . وإذا رهن أحد الملاك المشتاعين عقارا شائعاً ، ووقع هذا العقار كله في نصيب مالك مشتاع آخر ، فإنه ينتقل إلى هذا المالك خالياً من الرهن ، وبذلك يسرى الأثر الكاشف هنا أيضاً في حق الدائن المرتهن . بل إن هذا الدائن المرتهن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدينه في ثمن العقار ، فإن المدين يكون قد استبدل بحصته في العقار الذي رهنه مبالغاً من النقود ، وقد أصبح هذا المبلغ ضماناً لدائنيه جميعاً ولا يتقدم عليهم الدائن المرتهن^(١) .

٢٤ - النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف

٥٨١ - جاز أنهم هذه النتائج : من أهم النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للقسمه : (١) سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذي وقع في نصيبه جزء مفرز . (٢) عدم اعتبار القسمه سبباً صحيحاً ناقلاً للملكية . (٣) عدم ضرورة تسجيل القسمه في العلقة التي تقوم فيما بين المتقاسمين .

وهناك نتائج تترتب على الأثر الكاشف للقسمه ، وما يستتبعه هذا الأثر من أن القسمه عقد مساواة ما بين المتقاسمين وليست عقد مضاربة . ومن أهم هذه النتائج : (١) نفص القسمه للغب . (٢) عدم جواز استرداد المال المتنازع فيه إذا كان محلاً للقسمه . (٣) ضمان التعرض والاستحقاق في القسمه . ونقاول في إيجاز هذه النتائج بالبحث .

٥٨٢ - سقوط التصرفات الصادرة من الشريك غير الشريك الذي

وقع في نصيبه جزء مفرز : بينا فيما تقدم حكم تصرف المالك المشتاع في حصته الشائعة أو في جزء مفرز من المال الشائع ، ورأينا أنه عند القسمه ووقوع جزء مفرز من المال الشائع في نصيب أحد الشركاء ، فإن هذا الجزء يتخلص لملكه خالياً من أثر التصرفات التي صدرت من شركائه الآخرين في أثناء الشروع

(١) نقض فرنسي ١٦ أغسطس سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٢٤٩ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ١٨٠ - ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٣ - ٣٣ - ٣١٧٣ .
و ديور وبولانجه ٣ نقرة ٣١٧٣ .

ويقع هذا بحكم الأثر الكاشف للقسمة ، فالشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز من المال الشائع يعتبر مالكا له منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة ، ومن ثم لا ينفذ فى حقه أى تصرف وقع من شريك آخر فى أثناء الشيوع ، ولا يثبت وينفذ إلا التصرفات الصادرة منه هو فى هذا الجزء المفرز . وهذه هى أهم نتيجة للأثر الكاشف للقسمة . وقد رأينا أن فكرة الأثر الكاشف نفسها لم تغب فى القانون الفرنسى القديم إلا لتحديد مصير التصرفات التى تصدر من الشركاء فى أثناء الشيوع ، حتى يخلص لكل منهم بعد القسمة نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الآخرين ومتقلا بتصرفاته هو .

ويترتب على ذلك أن الشريك ، الذى خُص له نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه ، يستطيع أن يطلب شطب الرهون وغيرها من التكاليف العينية المترتبة على نصيبه المفرز من جانب أحد الشركاء الآخرين . فيستطيع أن يطلب من هذا الشريك ، وعلى نفقته ، أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتبة من جانبه .

وكما تسقط الحقوق العينية التبعية المترتبة من جانب الشريك الآخر ، كذلك تسقط الحقوق العينية الأصلية . فإذا رتب أحد الشركاء حق انتفاع على مال شائع ، ووقع هذا المال بالقسمة فى نصيب شريك آخر ، فإن هذا الشريك الآخر يخلص له المال خاليا من حق الانتفاع الذى رتبته شريكه .

كذلك إذا باع شريك مالا شائعا أو وهبه ، ووقع المال الشائع بالقسمة فى نصيب شريك آخر ، فإن عقد البيع أو عقد الهبة الصادر من الشريك الأول يسقط ، ويخلص المال للشريك الآخر خاليا من هذه التصرفات . ومن باب أولى يسقط حق امتياز البائع ، إذا اشترى شخص المال الشائع من شريك لم يقع فى نصيبه هذا المال عند القسمة ، بل آل إلى شريك آخر .

٥٨٣ — حرمان اعتبار القسمة سببا صحيفا فى التقادم الصغير : إذا

اختص أحد الشركاء عند القسمة بعقار ، فإنه لا يعتبر مالكا له بموجب عقد القسمة إذ القسمة كاشفة لاناقله ، ولكنه يعتبر مالكا له كما قلنا منذ بدء الشيوع .

م نفرض أحد فرضين : (١) أن يكون هذا العقار قد ورثه المشتاعون

في تركة مورثهم ، وأن هذا المورث لم يكن يملك هذا العقار بل كان مختصبا لياه أو واضعا يده عليه دون سند تملك . فالوارث الذي وقع في نصيبه هذا العقار ، إذا استمر حائزاً له خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أن يملكه بالتقدم القصير . فهو لا يستطيع أن يستند إلى القسمة ، إذ هي لا تعتبر سبباً صحيحاً لأنها كاشفة والسبب الصحيح يجب أن يكون ناقل^(١) . ولا يستطيع أن يستند ، كسبب صحيح ، إلى الميراث وهو السبب الذي يصعد إليه كسند للتملك نتيجة للأثر الكاشف للقسمة ، لأن الميراث ليس تصرفاً قانونياً بل هو واقعة مادية ، فلا يصلح سبباً صحيحاً في التقدم القصير . (٢) أن يكون العقار قد اشتراه المشتاعون من غير مالك شائعا بينهم ، ووقع عند القسمة مفرزاً في نصيب أحدهم . فهذا الشريك إذا استمر حائزاً للعقار خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أيضاً أن يتسلط بالقسمة سبباً صحيحاً للتملك بالتقدم القصير لما قدمنا . ولكنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة يصعد إلى البيع الذي عوجبه اشترى هو وشركاؤه العقار ، ومن ثم يصير مالكا بالاستناد إلى هذا البيع ، وهو سبب صحيح لأنه ناقل للملكية . ونرى من ذلك أن الشريك يملك العقار بالتقدم القصير ، ولكن بفضل البيع لا بفضل القسمة^(٣) .

٥٨٤ - الضم والتسجيل : ميز قانون الشهر العقاري في التسجيل بين العقود الناقلة للملكية كالبيع والعقود الكاشفة كالقسمة . في العقود الناقلة للملكية لا تنتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل ، أما في العقود الكاشفة فالملكية تثبت فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولولم يكن مسجلاً ، لأنه عقد كاشف لا ناقل ، فلا حاجة إلى تسجيل عقد يقتصر على كشف الملكية دون أن ينقلها . ومن ثم يعتبر كل متقاسم ، في علاقته بالمتقاسمين الآخرين ، مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة غير المسجلة^(٤) .

(١) نقض مدني ٢٩ أ ب يل سنة ١٩٥٤ حوة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

(٢) نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٧ ص ١٩٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم فيها بینه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لجزءه ، ووقع في نصيبه دون غيره من =

أما النسبة إلى الغير ، فلا يحتاج بالقسمة عليهم إلا إذا سجلت (١). فإذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها حصته في العقار شائعة ، وسجل المشتري البيع قبل أن تسجل القسمة ، استطاع المشتري أن يحتاج بعقده المسجل على الشركاء . فإذا كان العقار المبيع قد وقع في حصة شريك غير البائع ، فإن المشتري يستطيع أن يحتاج عليه بعقد البيع الذي سجل قبل تسجيل عقد القسمة (٢). أما إذا كان عقد القسمة قد سجل قبل تسجيل عقد البيع ، فإن الشريك الذي وقع في نصيبه العقار يستطيع أن يحتاج بعقد القسمة على المشتري ، ومن ثم لا يعتد بالبيع الصادر لهذا المشتري (٣).

ولكن إذا كان المتقاسم لا يستطيع أن يحتاج على الغير بالقسمة إلا إذا سجلت ، فإن الغير يستطيع أن يحتاج على المتقاسم بالقسمة غير المسجلة . فالمشتري للحصة الشائعة في المثل الذي قدمناه ، إذا سجل عقد شرائه ، وكانت للقسمة لم تسجل ، يكون له الحق ، بالرغم من عدم تسجيل القسمة ، أن يتمسك بها في مواجهة الشركاء . فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكا معهم ، وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة في حقه وفي حق سائر الشركاء (٤) .

== أجزاء العقار المسم ، وبأنه لا يحتاج بهذه الملكية المفروزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة (تقضى مدني ٢ أ ب ١ إلى سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام التقضى ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣) . انظر أيضاً تقضى مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٨٨٥ . (١) ولما كانت القسمة كاشفة عن الملكية لا نافذة لها ، فإن رسم تسجيلها أقل من رسوم العقود النافذة للملكية كالبيع .

(٢) تقضى مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة ٤ ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ - ٣٠ أكتو بر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام التقضى ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ - وقرب تقضى مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٩٨٧ - وقارن استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المضافة ٣٢ رقم ١٠٥ ص ٢٣٧ .

فيكون المشتري طلب الحكم بتثبيت ملكية الحصة الشائعة للمبينة له ، ويجوز أن يطلب إجراء قسمة جديدة ، إذا زال العقار شائعا في حقه ، وقد أصبح شريكا على التبع فيه (إسباين غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٧) .

(٣) انظر في أثر سوء النية والذرائع في صحة التسجيل في العقود النافذة كالبيع وفي العقود الكاشفة كالقسمة الوسيط ٤ فقرة ٣٩٠ - وقارن إسباين غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٧ - ٢٦٩ . (٤) والغير هنا ، بمعنى الفني ، هو كل من تلقى حقا حيازتها على العقار وهو لا يزال شائعا ، وقام بتسجيل عقده لحقا للعقار ، وذلك كالمثل الذي أوردناه في المتن . ويوجد كذلك ، إلى جانب ==

الغير بمعناه الفني ، شخص أجنبي أصلا عن عقد القسمة ، وهذا له أيضا أن يتصلق به الجهة الفكرية بعد القسمة وله لم يسجل . فإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكيها واقتسامها فاختص أحدها بالقسم الشرق من الأرض والآخر بالقسم الغرب ولم تسجل القسمة ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرق أرضه ، وهذا الجار يعتبر أجنبيا أصلا عن القسمة ، لم يمز للشريك الذي وقع في نصيبه القسم الذي أخذ بالشفعة . ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر ، بالنسبة إلى الجار الملاصق للقسم الشرق ، مالكا ملكية منه ؛ القسم الغربي بالقسمة حتى قبل أن تسجل ، ولم يصبح مالكا للقسم الشرق الملاصق العقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصبح له الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الجار - وهو أجنبي أصلا عن القسمة كما قلنا - أن يتصلق عليه بالقسمة غير المسجلة (انظر إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٥ هامش ١ - وقارن نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ بجه عه ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١)

والمشترى بجزءه من بعد القسمة لا يعتبر من الغير بمعناه الفني ، فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة . فإذا اقتصم شريكان أرضا ، واقتصر كل منهما بجزءه من زمنا ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المرفز ، فليس للشري لهذا التصيب أن يحتج بعدم تسجيل القسمة ، وأن الأرض لا تزال على الشيوع ، وأنه بشرائه التصيب المرفز قد أصبح مالكا على الشيوع (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣ : انظر نقضا لأسباب الحكم وقد اعترت المشترى وغيره إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٦ كامش ٢) . ومع ذلك قضت محكمة النقض في حكم آخر بأنه إذا كان للتصرف في الجزء المرفز لاحقا لإجراء قسمة لم تسجل ، فإن الأمر لا يخرج من أحد فرضين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف في نصيبه الذي خصص له في القسمة ، وفي هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشترى ، ولا يجوز له أن يستعمل منها بحجة عدم تسجيلها ، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير لأنه قد يبي حقه على أساس القسمة التي تمت لا على أساس أن الشيوع ما زال قائما ، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء الذي الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها . (الثاني) أن يقع التصرف على جزء من غير الجزء الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة - في هذه الحالة لا يتلق المشترى حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكها بشرائه ما لم تخصصه للبائع له ، وإما على أساس أن الشيوع ما زال قائما رغم إجراء القسمة ، ومن ثم فإن المشترى إذ سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر في هذا الفرض من الغير ، ولا يحتج عليه بالقسمة التي تمت ، ويكون له إذا لم تكن هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢) .

وكذلك المشترى بجزءه مرفز قبل القسمة لا يعتبر من الغير ، ويحتج عليه بالقسمة غير المسجلة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكون لمن اشترى جزءا من أرض قبل القسمة ، ولم يقع هذا الجزء المرفز في نصيب البائع له بموجب القسمة ، أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل ، تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المرفز المقود عليه إلى النصيب الذي اختص به البائع له بموجب تلك القسمة (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٢) .

٥٨٥ - التنازع المترتبة على أنه الفسخ عقد مساواة بناء على الأمر

الملاحظ وليست عقد مضاربة : وقد ذكرنا فيما تقدم^(١) من هذه النتائج ثلاثا : نقض القسمة للغبن وعدم استرداد المال المقسوم المتنازع فيه وضمها التعرض والامتثال في القسمة .

والمقارنة في كل هذا تقوم بين البيع والقسمة ، فالبيع عقد مضاربة تتباين فيه الناس عادة ، أما القسمة فتعقد مساواة بين المتقاسمين وقد نظمها القانون على أساس هذه المساواة وجعله كاشفا عن الملك لا ناقلا له ، فالملك يؤول بالقسمة إلى المتقاسم بمقداره لا بأكثر ولا بأقل .

ويترتب على ذلك ، أولا ، أن الغبن الفاحش غير مسموح به في القسمة . فإن كانت قضائية ، ففي الإجراءات التي تخاطبها والضمانات التي تصحبها ما يكتفل منع الغبن الفاحش . وإن كانت اتفاقية ، فقد رأينا^(٢) أنه يجوز نقض عقد القسمة للغبن إذا زاد على الخمس ، ولا يمنع نقض العقد إلا أن يرفع الغبن كله عن المتقاسم المغبون بل كمال ما نقص من حصته نقداً أو عينا (م ٨٤٥ م ١) ، وهذا كله تحقيقاً للمساواة ما بين المتقاسمين ، فإن غبن أحدهم يحل بهله المساواة . أما البيع فالأصل فيه ألا ينقض للغبن ، فهو من عقود المضاربة كما قلنا ، ويسمح فيه حتى بالغبن الفاحش مادام تراضى المتباين خالياً من العيوب . وفي حالة استثنائية في البيع ، حالة بيع عقار من لم تتوافر فيه الأهلية ، يجوز رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا زاد على الخمس ، ولكن حتى في هذه الحالة يقتصر المشتري على إكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة العقار لا إلى قيمة العقار كلها . ويترتب على ذلك ، ثانياً ، أنه لا يجوز استرداد المال المقرض الذي وقع في نصيب أحد الشركاء بالقسمة إذا كان هذا المال متنازعا فيه . وهذا بخلاف البيع ، فقد نصت المادة ١/٤٦٩ ملغى على أنه : « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فلمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هوردد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفرائد الثمن من وقت الدفع » . فالبيع عقد مضاربة ، ومن ثم يعتبر من يشتري الحق

(١) انظر أيضا فقرة ٥٨١ .

(٢) انظر أيضا فقرة ٤٤٥ وما بعدها .

المتنازع فيه مضارباً بتصديد شراء الحقوق المتنازع فيها بأجنس الأثمان يكسب من وراء ذلك الشيء الكثير . فأراد القانون أن يرد عليه قصده . وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من مشتره المضارب إذا هو رد له الثمن الحقيقي الذي دفعه لصاحب الحق مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . وليس الأمر مقدوراً على البيع ، بل يمتد إلى كل نزول عن الحق المتنازع فيه بمقابل ، مادام هذا النزول ناقلاً للملكية الحق . أما القسمة فهي كاشفة عن الحق وليست من عقود المضاربة ، ولذلك يتمتع أن يسترد المتنازع في الحق هذا الحق المتنازع فيه إذا آل بالقسمة إلى أحد الشركاء . فلو أن حقه متنازعا فيه وقع في نصيب أحد الشركاء مقوما بأقل من قيمته ، لم يجوز لمن عليه الحق أن يسترده من هذا الشريك ويرد له ما قوم به الحق في القسمة . وقد منع القانون استرداد الحق المتنازع فيه لو آل إلى أحد الشركاء حتى بالبيع لا بالقسمة ، فقد قضت المادة ٤٧٠ مدني بمنع الاسترداد إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر ، فيكون منع الاسترداد في القسمة أولى .

ويترتب على ذلك ، ثالثاً ، أن ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة يتفرد ببعض أحكام خاصة تميزه عن ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، وصبن ذلك فيما يلي^(١) .

(١) وهناك أحكام يشترك فيها البيع والقسمة ، لأنها تتعلق بمسائل لا ترجع إلى الأمر الناقل أو الأثر الكاشف . من ذلك أن امتياز المتقاسم تسري عليه أحكام امتياز البائع فيما عدا التعليل ، وأساس امتياز البائع أن البائع قد أضاف بالبيع جديداً إلى ذمة المشتري ، أما أساس امتياز المتقاسم فهو ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين . ومن هذه الأحكام جواز فسخ القسمة لعدم دفع المدل أو لعدم دفع ثمن التصفية أو لعدم دفع التوضي في ضمان التعرض والاستحقاق . وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى عدم جواز فسخ القسمة في هذه الحالات ، ويكتفى بمطالبة المتقاسم المخل بالتزامه أن يفي بهذا الالتزام ، وذلك لمحافظة على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يفرم نقض القسمة بالفسخ . وهذا القضاء لم يلق . والأول أن يد الفسخ على القسمة كما يرد على البيع ، ويترك الأمر في الحكم بالفسخ إلى تقدير القاضي ، وهو الذي يطلب المصلحة الراجحة ، فيقضى بفسخ القسمة أو لا يقضى . وهذه هي القاعدة العامة في الفسخ ، فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها (الوسيط ١٦قرة ٤٦٨ - إسماعيل غانم ١٢٢ - حسن كبيرة ١٣٩٥ ص ٤٧٠ - وقارن استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤٧ ص ٣٧٧ والحكم بمنع نسخ القسمة جبرياً على نهي القضاء الفرنسي) .

المطلب الثاني

ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة

٥٨٦ - نص قانوني : تنص المادة ٨٤٤ مدني على ما يأتي :

« ١ - يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان . وجميع المتقاسمين غير المعسرين » .

« ٢ - غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها . ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه » (١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء المصري كان في مجموعه يسير على هذه الأحكام .

ويقال للنص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٧٩٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٨ - وفي التقنين المدني العراقي

م ١٠٧٦ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٣٩٤٨ .

« وانظر في جواز إبطال القسمة إذا وقعت في فترة الرية تطبيقاً للمادة ٢٢٨ تجاري ، أسوة بسائر الماوضات ، فتستوى القسمة مع البيع في ذلك : إسماعيل غانم فقرة ١٢٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، عدا بعض خلاقات أهمها ما ورد في الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى من أنه « لا محل للضمان إذا كان هناك شرط خاص صريح في سند القسمة يقضي بالإعفاء من الضمان .. » . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٩١٥ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات طفيفة وحذف عبارة « في سند القسمة » ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه لدى التوافق تحت رقم ٩١٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٤ - ص ١٢٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٨ (مطابق) .

ويقين من النص صالف الذكر أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو استحقاق في المال المبرز الذي وقع في نصيبهم نتيجة للقسمة . ولما كان ضمان التعرض والاستحقاق مفهوما في البيع وقائما على أنه عقد ناقل للملكية فيجب على البائع أن يضمن للمشتري الملكية التي نقلها له ، فإن هذا الضمان في القسمة . والقسمة كاشفة لا ناقل ، يقوم على أساس آخر هو أن القسمة تقتضي المساواة التامة فيما بين المتقاسمين ، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت هذه المساواة ووجب الضمان^(١)

ويجب ، فمالم يرد فيه نص في ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ، أن نرجع إلى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، مالم تكن هذه الأحكام تتعارض مع وصف القسمة بأنها كاشفة أو مع تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين^(٢)

ويجب الضمان في كل قسمة ، اتفاقية كانت أو قضائية ، عينية أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل : صريحة أو فعلية . ويمتد الضمان للتصرفات المعادلة للقسمة .

ونتكلم في : (١) الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة . (٢) الآثار التي تترتب على تحقق هذا الضمان .

§ ١ - الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان

٥٨٧ - شروط أربعة : يشترط لقيام الضمان توافر شروط أربعة :

- = التقنين المدني العراقي م ١٠٧٦ (مطابق لفقرة الأول من المادة ٨٤٤ مصري) .
- قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٨ : يضمن كل من الشركاء المتقاسمين أنصبة سائر الشركاء للأسباب السابقة على القسمة طبقاً للأحكام الموضوعة للبيع . (ويضع القانون اللبناني أحكاماً واحدة لضمان التعرض والاستحقاق في البيع وفي القسمة) .
- (١) بلانول وديريو وبولانجي ٣ فقرة ٣١٧٥ - فلك قد تكون بعض أحكام الضمان في القسمة أشد من نظيرتها في البيع ، وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين . من ذلك جعل المتقاسمين مسئولين عن حصة المبرم منهم في القسمة ، وتقدير قيمة الشيء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، وعدم جواز الإطفاء من الضمان في عبارات عامة ، واستعرض تفصيل ذلك فيما يلي .
- (٢) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، وكان هذا التقنين لا يشمل على نص في ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ، بأن الله اعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣) .

(١) وقوع تعرض أو استحقاق . (٢) لسبب سابق على القسمة . (٣) عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه . (٤) عدم وجود شرط يعنى من الضمان .

٥٨٨ - الشرط الأول - وقوع تعرضه أو استحقاقه : فيجب أن

يقع تعرض أو استحقاق ، ولا يكفى أن تكون هناك عيوب خفية في المال المفروز الذى وقع في نصيب المتقاسم . والقانون لم يوجب في القسمة ضمانا للعيوب الخفية كما أوجب في البيع . ويرجع ذلك إلى سببين : أولهما أن الأموال الشائعة إذا كانت فيها عين معينة ، فلا بد من دخول هذه العين في القسمة ومن وقوعها في نصيب أحد الشركاء ، فهذا لا يمكن التحرز منه : ومن ثم لا يكون هناك ضمان خاص للعيوب الخفية في القسمة . والسبب الثانى أنه يمكن في القسمة الاتفاقية مواجهة العيوب الخفية بجزء خاص بالقسمة ، وهو الجزء الخاص بالغبن . فإذا وقعت عين معينة في نصيب أحد الشركاء ، وكان العيب بحيث يلحق بالمتقاسم غبنا يزيد على الخمس ، فإن له أن ينقص القسمة للغبن ، إلا إذا أكل ما نقص من حصته بسبب العيب ، على التفصيل الذى أسلفناه في نقض القسمة للغبن .

والذى يؤخذ من نص المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر أن التعرض ، والاستحقاق إنما يقعان من الغير لا من أحد المتقاسمين أنفسهم ، وهذا ما عرض له النص . أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين ، فإنه يجب تطبيق القواعد العامة . وتطبيق هذه القواعد يقتضى أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض المادى لمتقاسم آخر . فإذا كان في الأموال الشائعة متجر وقع مفروز في نصيب أحد المتقاسمين ، لم يجوز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا لمتقاسم الذى وقع في نصيبه المتجر ، فقيم متجر آخر بنفسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول . وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتنفيذه (م ١٤٨ مدنى) . أما إذا كان تعرض المتقاسم مبنيا على سبب قانونى ، كان كان في الأموال التى كانت محلا للقسمة عين مملوكة ملكا خاصا لأحد المتقاسمين وليست شائعة ، ف وقعت في نصيب متقاسم آخر ، كان للمتقاسم المالك لهذه العين أن يستردها منه ، ولا يتمتع من ذلك التزام بالضمان . ذلك أن

القسمه كاشفة عن الحق لا ناقله له ، والمالك العين لم ينقل ملكيتها بالقسمه للمتقاسم الآخر ، فليس عليه التزام بالضمان . وإنما يجوز هنا لإبطال القسمه للغلط ، كما يجوز ، بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له ، أن يطلب المتقاسم الذى وقعت هذه العين فى نصيبه نقض القسمه للعين إذا توافرت شروطه ، أو يرجع بضمان الاستحقاق على الوجه الذى منينه . وهذه الأحكام عينها هى التى يجب تطبيقها حتى إذا وقعت العين فى نصيب المتقاسم نفسه الذى يملكها ملكا خاصا ، فإن لهذا المتقاسم أن يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين معه ، كما له أن يطلب إبطال القسمه للغلط ، أو نقضها للعين^(١) .

والتعرض الذى يقع من الغير ، فيوجب ضمان الاستحقاق ، ليس هو التعرض المادى ، فإن المتقاسم لا يضمن التعرض المادى الصادر من الغير كما لا يضمنه البائع . وإنما يضمن المتقاسمون التعرض الصادر من الغير إذا كان مبدئا على سبب قانونى . فإذا ادعى شخص استحقاق عين وقعت فى نصيب أحد المتقاسمين ، أو ادعى عليها حقا عينيا كحق انتفاع ، أو حقا شخصيا كما لو استأجر العين من المورث شخص بأجر يقل عن أجر المثل ، فإن ضمان الاستحقاق يقوم فى جميع هذه الأحوال . ويجب أن يقع التعرض فعلا من الغير ، فيدعى حقا ويرفع دعوى بهذا الحق^(٢) على أن رفع الدعوى أمام القضاء ، وإن كان التعرض من الغير يقع به فى الغالب ، ليس ضروريا لوقوع التعرض فعلا ، فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى . ويتحقق ذلك إذا اعتقد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه ، فيسلم له ادعاه أو يصالحه عليه . ولكن للمتقاسمين المدينين بالضمان فى هذه الحالة أن يشتهروا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المتقاسم ، وعندئذ يفقد هذا الأخير

(١) انظر فى هذا المعنى بوردى وفال فى الموايد ٣ فقرة ٣٤٠١ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٥ مكررة . ويلهب بعض الفقهاء إلى أن المتقاسم يضمن تفرغه المبنى على سبب قانونى ، فلا يستطيع استرداد العين المملوكة له ملكا خاصا ، ولا يبقى أمامه إلا إبطال القسمه للغلط (بلاينيول وديوير ومورى وفيالون ٤ فقرة ٦٨٦ ص ٩٣٢ - بلاينيول وديوير وبولانجيه ٣ فقرة ٢١٨٧) .

(٢) فجرد علم المتقاسم بأن هناك حقا لغير قد يقع تعرض بسببه لا يكتفى لقيام ضمان الاستحقاق ، ولكن يجوز فى هذه الحالة للمتقاسم أن يمنع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمه ، فيحس ما التزم به من مبدل أو الثمن الذى رسا به المزداد عليه ، حتى يزول الخطر .

حقه في الرجوع بالضمان . كذلك يعتبر التعرض واقعا فعلا دون أن ترفع دعوى إذا ملك المتقاسم الدائن بضمان الاستحقاق العين بسبب آخر لا يرجع إلى القسمة ، مثل ذلك أن يرث المتقاسم هذه العين من مالكها أو يشترها منه ، فتكون العين في الواقع من الأمر قد استحققت للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها منه إلى المتقاسم ، ومن ثم تكون العين قد استحققت فعلا فوجب ضمان الاستحقاق .

٥٨٩ - الشرط الثاني - سبب سابق على القسمة : ويجب أيضاً ،

لقيام ضمان الاستحقاق ، أن يكون الحق الذي يدعيه الغير حقاً يدهي أنه موجود قبل القسمة . وهذا ما تصرح به الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدني . سائلة الذكر ، إذ تقول : « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة .. » . فإذا كان سبب الاستحقاق تالياً للقسمة لا قبلها ، فلا ضمان^(١) . مثل ذلك أن تنزع ملكية العين من تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة ، وذلك بعد تمام القسمة . ومثل ذلك أيضاً أن تكون العين التي وقعت مفرزة في نصيب المتقاسم في جيزة أجنبي مدة طويلة ولكنها مدة غير كافية ليكسبها الحائز بالتقادم . ففي هذه الحالة تظل العين مملوكة للمتقاسم ، وعليه أن يقطع التقادم . فإذا أهمل في قطعه حتى تكاثرت المدة وأصبحت العين مملوكة للحائز ، فإن المتقاسم لا يرجع بضمان الاستحقاق ، لأن سبب الاستحقاق وهو التقادم قد تحقق بعد القسمة لا قبلها ، والضمان لا يقوم إلا لسبب سابق على القسمة^(٢) كما قلنا . وسنرى فيما يلي أن هذا الفرض الذي نحن بصدده لا يقوم فيه الضمان لسبب آخر ، هو أن الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم لأنه أهمل في قطع التقادم واسترداد العين . أما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة فصارت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة في نصيب المتقاسم ، فإن ضمان الاستحقاق يقوم

(١) وقد قضت محكمة النقض بالألا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة ، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة (نقض مدني ٢٦ أ ، يل سنة ١٩٦٢ مجده ٤ أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) .

(٢) دجولوب ١٧ بقرة ٣٤٣ - لوران ١٠ بقرة ٤١٢ - بودري وقال في المواريث ٣ بقرة ٣٤٠٦ .

في هذا الغرض لأن سبب الاستحقاق وهو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة ، فكان الاستحقاق راجعاً لسبب سابق على القسمة . ويلحق بهذا الغرض ما إذا كان الحائز وقت القسمة قد قارب استكمال مدة التقادم ، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المتقاسم من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم . فإذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلاً ، ثم وقعت العين بالقسمة في نصيب المتقاسم ، فإن المتقاسم لا يتيسر له في الشهر للباقي تمام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الوضع وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم . فيكون الحق الذي يتمسك به الغير في هذا الغرض في حكم الثابت قبل القسمة ، ومن ثم يقوم ضمان الاستحقاق^(١) .

٥٩٠ - الشرط الثالث - حرمان رجوع المستحق إلى خطأ المتقاسم

نص : وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدني سالف الذكر : « ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه » . وقد رأينا فيما تقدم^(٢) مثلاً لاستحقاق يرجع إلى خطأ المتقاسم ، لها إذا كانت العين التي وقعت في نصيبه في حيازة حائز لم يستكمل مدة التقادم ، وأهمل المتقاسم في قطع المدة واسترداد العين حتى اكتملت مدة التقادم وأصبحت العين مملوكة للحائز^(٣) .

ويكون سبب الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم أيضاً ، إذا رفع عليه للغير دعوى الاستحقاق فتولى وحده الدفاع في الدعوى ، دون أن يدخل المتقاسمين فيها ، وأهمل التمسك بدفع كان يؤدي إلى رفضها ، فيفقد في هذا

(١) أبريل وور ١٠ ق ٦٢٥ هامش ٣٥ - إسماعيل غانم ق ١٣٦ ص ٣١٦
جهاش ٢ - انظر مكن ذلك في باج وديك ٩ ققرة ١٤٢٣ - ١٠٦٤ - وقارن بودري وقال في المواهب ٣ ققرة ٣٤٠٧ ص ٧١٦ .

(٢) انظر ألفا ققرة ٥٨٩ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التهديد في هذا المعنى : « ويسقط الضمان كذلك إذا كان سببه راجعاً إلى خطأ المتقاسم ، كان أهمل في قطع التقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

الفرض حقه في الضمان^(١). وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة في ضمان الاستحقاق في البيع ، إذ تنص المادة ٣/٤٤٠ مدني على ما يأتي : « وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق » . ويفقد المتقاسم حقه في الضمان حتى لو كان الدفع الذي أغفل التمسك به هو الدفع بالتقادم ، بأن كان حائزاً للعين وتملكها بالتقادم ، ولكنه أغفل التمسك بهذا الدفع لإطاعة لوصي ضميره . فقد كان عليه أن يدخل المتقاسمين الآخرين في الدعوى ، وكانوا هم يتولون عنه الدفع بالتقادم ، فلا يضطر أن يتمسك شخصياً بهذا الدفع^(٢) . كذلك يكون سبب الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم ، إذا تولى وحده الدفاع في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الغير ولم يدخل المتقاسمين الآخرين ، وأقر بالحق للغير أو انتهج سبيلاً للدفاع أدى إلى خسارته للدعوى ، إذا أثبت المتقاسمون الآخرون أن الغير لم يكن على حق في دعواه ، وذلك قياساً على المادة ٤٤١ مدني الواردة في ضمان الاستحقاق في البيع .

٥٩١ - الشرط الرابع - حرمان وجود شرط يعني من الضمان :
وتقول العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدني سالفة الذكر : « غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها... » . ويحسن أن نضع إلى جانب هذا النص النص المقابل في ضمان الاستحقاق في البيع ، لنبين أن المشرع قد توخى في القسمة أن يكون أكثر تشدداً فيما يتعلق بالإعفاء من الضمان ، فاشتراط ، على خلاف البيع ، أن يكون شرط الإعفاء صريحاً ووارداً على الحالة الخاصة التي نشأ عنها الضمان . فقد نصت المادة ٤٤٥ مدني ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق

(١) ديمولوب ١٧ فقرة ٣٣٥ - لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ - بودري وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٤١٤ .

(٢) ديمولوب ١٧ فقرة ٣٥٥ - لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ - بودري وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٤١٤ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٧ هامش ٢ .

في البيع ، على ما يأتي ١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيلا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان . ٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري . ٣ - ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي .

ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان ، سواء في البيع أو في القسمة ، ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على تعديلها ، بالزيادة أو النقص أو الإسقاط .

ومثل الاتفاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزاع ملكية العين بعد القسمة أو بعد البيع ، واشتراط ضمان يسار المدين عند الرضاء .

ومثل الاتفاق على إلتقاص الضمان اشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق في القسمة أو في البيع ، ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع أو كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الارتفاق . ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشاً واشتراطوا عدم مسئوليتهم عنه ، ولا يجوز طبقاً للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية عن الغش حتى لو كانت المسئولية عقدية . ويفترض في حق الارتفاق أن البائع أو المتقاسمين قد اشتراطوا عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري . فيكفي إذن أن يكون المشتري أو المتقاسم علماً بحق ارتفاق قائم على العقار ، ويكون حاصراً آتياً من طريق ظهور هذا الحق أو الإبانة عنه ، حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان ، ويكون الشرط صريحاً فيما يتعلق بالقسمة (١) .

في الاتفاق على إسقاط الضمان . ففي البيع يجوز للبائع إخفاء نفسه من الضمان بعبارة عامة لا يذكر فيها سبب الاستحقاق بالمدة التي يريد إخفاءه منه ، ويصح أن يكون الشرط صريحاً أو ضمنياً . وإذا أراد البائع إخفاء نفسه ، لا تحسب من التعويض ، بل أيضاً من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أنه يمكن أن يشترط ولو ضمنياً إسقاط الضمان ويثبت في الوقت ذاته أن

المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أى علماً بأن البيع احتمالي وقد أقدم عليه مخاطراً^(١). أما في القسمة ، فقد تشدد المشرع كما قلنا ، واشترط للإعفاء من الضمان أولاً أن يكون شرط الإعفاء صريحاً فلا يكفي الشرط الضمني^(٢)، واشترط ثانياً أن يذكر في شرط الإعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه ، وذلك كله تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين^(٣). وليس ضرورياً أن يرد الشرط الصريح بالإعفاء من الضمان في سند القسمة ذاته ، بل يصح أن يكون في ورقة مستقلة أو في مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين^(٤).

(١) انظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٩ .

(٢) ومن باب أول لا يكفي رد العلم بسبب الاستحقاق ، إذا لم يوجد شرط صريح بالإعفاء من الضمان . وقد كان الحكم ، في عهد التقيين المدني السابق هل خلاف ذلك ، فكان في د علم المتقاسم بسبب الاستحقاق يعمل رجوعه على المتقاسمين الآخذ بين مقصود ، هل قيمة ما استحق وقت القسمة ، دون الرجوع بالتعويض ، قياساً على أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق . وقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقيين المدني السابق ، بأن القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم . وعلى ذلك فالمتقاسم الذي يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق لسبب أحيط به علماً من طريق من تقاسم معه أو من أي طريق آخر ، لا يسوغ له في حالة الاستحقاق أن يرجع على قسمة إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة ، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة في عقد القسمة يقابل تعيين الثمن في عقد البيع . والمقرر في عقد البيع ، هل ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانون المدني ، أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق ، وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان يمتنع على المشتري الرجوع على البائع بأي تعويض في حالة الاستحقاق (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ جاز ٢ ص ٨٨٤) .

(٣) وهذا هو أيضاً الحكم في القانون الفرنسي ، فيشترط أن يكون شرط الإعفاء من الضمان صريحاً وخاصة (بودر وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٤١٠ - ٣٤١١) .

(٤) بودري وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٤١٢ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٨ وحاشي ٢ - وقد كان المشروع التهديد لنص المادة ٨٤٤ يشترط أن يكون الإعفاء من الضمان وارداً في سند القسمة ذاته ، فسلطت لجنة اللاجئة هذا الاشتراط (انظر آتفا فقرة ٨٦ في الحاشية) .

وإذا ورد شرط الإعفاء من الضمان صريحاً على الوجه الذي بطلناه ، سقط الضمان ، ولكن هذا لا يمنع المتقاسم من طلب نقض القسمة فلنبن إذاً افترت شروطه (بودري وقال في المواريث ٣

فقرة ٣٤١٢) .

§ ٢ - الآثار التي تترتب على تحقق الضمان

- ٥٩٢ - الأحوال التي يرمع فيها المتقاسم بالتعريض عند تحقق الضمان :
- إذا تعرض الغير للمتقاسم على الوجه الذي بسطناه ، فالأولى للمتقاسم أن يدخل المتقاسمين الآخرين ضامنين في الدعوى ، وذلك على التفصيل الذي أوردناه في ضمان التعرض في البيع^(١) . ويتضح من ذلك أن المتقاسم ، كالبائع ، يرجع بالتعريض على المتقاسمين ، إذا امتحنت العين التي وقعت في نصيبه^(٢) ، في إحدى الأحوال الآتية :
- ١ - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فتدخل المتقاسمون ولكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى المتعرض .
 - ٢ - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أو خطأه الجسيم .
 - ٣ - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الامتحاق ، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى ، وأقر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .
 - ٤ - إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدلهم في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها .
 - ٥ - إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه^(٣) .

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٤٥ - فقرة ٣٥٠ .

(٢) ويسقط بالتقادم الالتزام بالضمان في القسمة بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق (عبدالمتمم البدرأوى فقرة ١٦٥ - قانون محمد علي عركة فقرة ٣١٩ ص ٤٥٣ و محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٣٣ ص ٢٤٠ وينبغي أن التقادم يسرى من وقت تمام القسمة) .

(٣) انظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥١ .

فإذا وجب للمتقاسم على المتقاسمين الآخرين ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال المتقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (أ) فإما أن يكون الاستحقاق استحقاقا كلياً ، فيجب على المتقاسمين الآخرين دفع تعويض كامل للمتقاسم الدائن بالضمان على النحو الذى سنبينه . (ب) أو أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً ، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضاً بقدر الضرر الذى أصابه - على التفصيل الذى سنذكره . (ج) أو أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للمعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق ، فيجب على المتقاسمين الآخرين ، إذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الاستحقاق ، أن يردوا للمتقاسم الدائن بالضمان ما أداه للمعرض . ونستعرض كلا من هذه الفروض الثلاثة .

٥٩٣ - الفرض الأول - استحقاق الكلى : المفروض هنا أن العين التى وقعت في نصيب المتقاسم الدائن بالضمان قد استحققت استحقاقاً كلياً ، بأن استطاع الأجنبى المعرض أن يثبت ملكيته لها وأن يستردها من تحت يد المتقاسم . فعند ذلك يرجع المتقاسم ، لا بنقص القسمة كما في العين ، ولا بفسخها ، ولكن بالتعويض على الوجه الذى يرجع به المشتري في ضمان استحقاق المبيع ، وعلى ذلك يتكون التعويض من عنصرين أساسيين ^(١) .

أولاً - قيمة العين المستحقة وقت القسمة . ويلاحظ أن المشتري في البيع يرجع على البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أما في القسمة فيرجع المتقاسم الدائن بالضمان كما قدمنا على المتقاسمين الآخرين بقيمة العين وقت القسمة . وقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدنى تقول : « ويكون كل منهم (من المتقاسمين) ملزماً بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمة يوم القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » . والسبب في التمييز بين البيع والقسمة على هذا النحو واضح . فالبيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشتري للربح والخسارة ، ومن ثم يستحق قيمة البيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع ، فإن زادت القيمة ربح وإن قلت خسر ، وطبيعة

عقد البيع تسمح بذلك . أما القسمة فقد روعي فيها المساواة التامة بين المتقاسمين ، ولذلك يتقاضى المتقاسم مستحق الضمان قيمة العين وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، فلا يعرض نفسه لا للربح ولا للخسارة ، ويتساوى مع سائر المتقاسمين وقت أن أجريت القسمة بينهم . فإذا فرضنا أن قيمة العين وقت القسمة ١٥٠٠ ، وكان عدد المتقاسمين خمسة حصصهم متساوية ومنهم المتقاسم مستحق الضمان ، تحمل هذا الأخير نصيبه في هذه القيمة وهو ٣٠٠ ، ورجع بالباقي وهو ١٢٠٠ على المتقاسمين الأربعة الآخرين فيبلغ له كل منهم ٣٠٠ . فإذا أصغر واحد من الأربعة إعصارا كليا ، تحمل المتقاسم مستحق الضمان هو والمتقاسمون الثلاثة الباقيون القدر الذي يلزم المتقاسم المعسر وهو ٣٠٠ ، فيتحمل كل من هؤلاء المتقاسمين الأربعة ٧٥ . ومن ثم يرجع المتقاسم مستحق الضمان على كل من المتقاسمين الثلاثة غير المعسرين بمبلغ ٣٧٥ : ٣٠٠ نصيبه الأصلي و ٧٥ حصته في نصيب المعسر . فيتقاضى المتقاسم مستحق الضمان من الثلاثة مبلغ ١١٢٥ (3×375) ، وتحمل هو الباقي وهو مبلغ ٣٧٥ ($1500 - 1125$) ، فيكون بذلك قد تحمل حصته في نصيب المعسر وهي ٧٥ .

ثانيا - ملحقات قيمة العين ، وهي الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت القسمة ، وقيمة الثمار التي ألزم المتقاسم مستحق الضمان بردها للمتعرض ، والمصروفات النافعة التي لا يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يلزم بها المتعرض وكذلك المصروفات الكالية إذا كان المتقاسمون الآخرون سبقي النية ، وجميع مصروفات دعوى الضمان ، ودعوى الاستحقاق ، علما ما كان المتقاسم مستحق الضمان يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المتقاسمين الآخرين بالدعوى ، وبوجه عام تعريض المتقاسم مستحق الضمان ملحقه من خسارة (١) . ويلاحظ أن القسمة هنا تختلف عن البيع من وجهين : (١) أن المشتري يتقاضى من البائع ، إلى جانب ملحقه من خسارة ، مقدار ما فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع . أما في القسمة فالمتقاسم مستحق الضمان يتقاضى ملحقه من خسارة دون ما فاتته من كسب ، لأن القسمة لا يقصد بها المضاربة كالبيع . (٢) أن المتقاسم مستحق الضمان يستنزل من الملحقات التي تقدم ذكرها نصيبه هو فيها ، ويرجع بالباقي

(١) انظر المادة ٤٤٣ مدني في ضمان الاستحقاق في البيع والوسيط ٤ قرة ٣٥٢ .

على المتقاسمين الآخرين ، وهنا ما تقتضيه طبيعة القسمة بخلاف ما تقتضيه طبيعة البيع .

٥٩٤ - الفرض الثاني - مستحق الجزئ : لم يفصل المشرع في القسمة ، كما فصل في البيع ، أحكام ضمان الاستحقاق ، بل اكتفى بالقول بأن يكون كل من المتقاسمين « ملزما بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان » . أما في البيع ، فيما يتعلق بالاستحقاق الجزئ ، فقد نصت المادة ٤٤٤ مدني على ما يأتي : « ١ - إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد متقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرها لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة (المبالغ الواجب دفعها في حالة الاستحقاق الكلي) ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . ٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » . وتختلف القسمة عن البيع في هذه المسألة . فإن المشتري ، في حالة البيع ، يفتح له باب الخيار المذكور في النص ، فإد ما بقي من المبيع إلى البائع أو يستبقيه . أما في القسمة فترى أنه يصعب فتح باب الخيار للمتقاسم ، فالمتقاسمون لم ينقلوا له ملكية حتى يضمونها على الوجه المبين في النص ، هنا إلى أن رد الباقي من العين معناه فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة وهذا أمر غير مرغوب فيه إلا للضرورة . لذلك نرى الاختصار ، في الاستحقاق الجزئي في القسمة ، على التعويض ، وليس للمتقاسم أن يرد ما بقي من العين .

ويستحق الاستحقاق الجزئي بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من العين شائع أو مفرز ، وقد يتبين أنه قد ترتب على العين حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أن هناك حق ارتفاق ذكر أنه مرتب لمصلحة العين وظهر بعد ذلك أنه غير موجود ، ففي جميع هذه الأحوال يكون هناك استحقاق جزئي .

فإذا استحققت العين استحقاقا جزئيا على الوجه المتقدم ، فإن للمتقاسم أن يرجع على بقية المتقاسمين بالتعويض عما أصابه من خسارة ، ولكن لا يرجع عليهم ، كما يرجع البائع ، بالتعويض عما فاته من كسب . ويجب هنا أيضا تطبيق ما سبق أن قررناه في الاستحقاق الكلي ، من أن العبرة في تقدير العين بقيمتها

يوم القسمة ، ومن أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم بقدر حصته في التحويل ، ومن أنه إذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القابل الذي يازمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

٥٩٥ - الفرض الثالث - رد ما أوفاه المتقاسم للمتعرض : تنص

المادة ٤٤٢ مدني ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق في البيع ، على أنه « إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » . والمفروض هنا أن المشتري توفى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو استحقاقاً جزئياً ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك في مقابل مبلغ من النقود أو في مقابل شيء آخر يؤدي له . فثبت القانون عندئذٍ للبائع نوعاً من الاسترداد يستطيع بموجبه أن يكتفي نفسه نتائج الضمان وموئنة التعويضات ، بأن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتمخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشتري أن يشكو ، فقد استطاع أن يستدق المبيع سالماً من الاستحقاق في مقابل أداء للمتعرض ، فإذا استرد من البائع قيمة هذا المقابل ، فإنه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد مصلحته ، فلم ينله أي ضرر (١) . ونرى أنه يجوز تطبيق هذا الحكم ، بطريق القياس ، في ضمان الاستحقاق في القسمة . فالحكمة متحققة ، بل إن القسمة أولى من البيع بالإبقاء عليها عن هذا الطريق الميسر (٢) .

وحتى يكون للمتقاسمين الآخرين حق الاسترداد ، يجب أن يتفق المتقاسم مستحق الضمان مع المتعرض على تفادي استحقاق العين استحقاقاً كلياً أو جزئياً . بأن يدفع المتقاسم للمتعرض مبلغاً من المال في مقابل نزول المتعرض عن ادعائه . وهذا الاتفاق يكون في الغالب صلحاً ، ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة إلى

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٥٤ .

(٢) ويمكن القول بوجه عام إن أحكام ضمان الاستحقاق في البيع هي الأحكام العامة الواجبة التطبيق في ضمان الاستحقاق في جميع المداويزات ، ومنها القسمة ، ما لم يتعارض حكمها مع طبيعة النقد ومقوماته الخاصة .

بقية المتقاسمين استحقاقا للعين فيجب عليهم الضمان ، وإن كانوا يستطيعون التخلص منه في مقابل أن يردوا للمتقاسم مستحق الضمان المبلغ الذى دفعه للمتعرض وفوائده القانونية من يوم الدفع وكذلك مصروفات الصلح الذى تم بين المتقاسم والمتعرض . ويلاحظ هنا ، فى القسمة ، أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم فى ذلك ، فيستزول نصيبه فى هذا المبلغ بقدر حصته . ولا يختار المتقاسمون استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجبوا أن المبلغ الذى سيردونه للمتقاسم مستحق الضمان أقل من التعويضات التى كانوا يدفعونها بسبب ضمان الاستحقاق ، ويفرض أن حتى المتعرض لا يمكن دفعه .

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المتقاسم مستحق الضمان والمتعرض صلحا لا يدفع فيه المتقاسم للمتعرض مبلغا من النقود . فقد يكون المستحق حق ارتفاق للعين ينكره المتعرض ، فيتفق معه المتقاسم على أن يكف عن إنكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على العين . وفى هذه الحالة لا يتخلص المتقاسمون الآخرون من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفعوا للمتقاسم مستحق الضمان قيمة حق الارتفاق الجديد الذى أنشئ على العين والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح ، وذلك كله بعد استئصال نصيب المتقاسم مستحق الضمان فى هذه المبالغ بنسبة حصته كما سبق القول (١) .

(١) والفروض فى استعمال المتقاسمين الآخرين لحق الاسترداد على النعم الذى قدماه أن يكون المتقاسم مستحق الضمان قد اتفق مع المتعرض ، وتوفى باتفاقه هذا استحقاق العين . أما إذا ترك المتقاسم المتعرض يسير فى دعوى الاستحقاق دون أن يتفق معه ، وحكم المتعرض بالاستحقاق الكلى مثلا فاسترد العين من تحت يد المتقاسم ، ثم اتفق المتقاسم مع المستحق على أن يعود إليه العين بمقد جديد ، بيع أو مقايضة أو غير ذلك ، فإن ضمان الاستحقاق يكون واجبا على المتقاسمين الآخرين ، ولا يستطيع هؤلاء أن يتوقوه بأن يدفعوا للمتقاسم مستحق الضمان المثل الذى دفعه هذا الأخير فى البيع الجديد أو قيمة العين التى قايس بها . ف ضمان الاستحقاق يبقى فى ذمة المتقاسمين الآخرين ، وتسمى عليه الأحكام التى سلطانها فيما تقدم . وعلاقة المتقاسم مستحق الضمان بالمتعرض يحكمها المقعد الجديد الذى تم بينهما والتى بموجبها أعاد المتعرض العين للمتقاسم ، وليس فى هذا إلا تطبيق لقواعد العامة .

الفضل الثاني

الشيوع الإجبارى

(Copropriété avec indivision forcée)

٥٩٦ - نص قانونى : تنص المادة ٨٥٠ مدنى على ما يأتى :
 « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته ، إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع (١) ، » .
 ولا مقابل النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها .
 ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٥٥ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٥٤ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٨١ - وفى قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٤٢ .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن الشيوع الإجبارى يختلف عن الشيوع العادى الذى بسطنا أحكامه فيما تقدم ، فى أن الشيوع الإجبارى لا يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة فيه . ذلك أن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى دائماً على الشيوع . مثل ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام ، أو طريق مشترك أو يمر مشترك للملاك متجاورين ، أو فناء

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه المجلس أب تحت رقم ٩١٩ ، فجلس الشيوع تحت رقم ٨٥٠ (مودة الأعمال التصغيرية ٦ ص ١٤١ - ص ١٤٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى المائى م ١٠٨١ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٤٢ : لا يجوز طلب القسمة إذا كان موضوع الشركة أعياناً لا تنقسم قسمتها صالحة للاستعمال للمدة له .
 (وأحكام القانون اللبناني موافقة لأحكام القانون المصرى) .

مشترك بفصل ما بين ملكين متجاورين ، أو يتر مشترك ، أو مضل مشترك ، أو ترعة مشتركة ، أو مصرف مشترك^(١) . ومثل ذلك أيضاً الحائط المشترك ، والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات^(٢) .

٥٩٧ - طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجباري وأعلام هذا الشيوع :
وإذا أخذنا أحد الأمثلة التي قلنا فيها في الشيوع الإجباري ، الطريق المشترك بين مالكين مجاورين له ، لنبحث طبيعة حق كل شريك في هذا الطريق ، كان علينا أن نختار بين أحد وضعين . الوضع الأول أن يكون نصف هذا الطريق مملوكا ملكية مفرزة للمالك المجاور لهذا النصف ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور في النصف الآخر ، وهذا النصف الآخر مملوك أيضاً ملكية مفرزة للمالك المجاور له ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور في النصف الأول . والوضع الثاني أن يكون الطريق بأجمعه مملوكا ملكية شائعة للمالكين المجاورين لكل منهما النصف في الشيوع ، ونظراً لما أورد له هذا الطريق من غرض مشترك يكون للشيوع إجباريا ولا يجوز القسمة . وهذا الوضع الثاني ، للملكية الشائعة شيوها إجباريا ، هو الوضع الصحيح^(٣) ، وترتب عليه نتائج هامة نذكر منها :

(١) ومن أهم أحوال الشيوع الإجباري « حالة الجوار إذا كان الشرع نتيجة تسمية لمعارات متجاورة ومتلاصقة وعلوكة لغير مالك واحد ، وكان من اللازم إنشاء طريق لما يستفيد به أصحاب المعارات في استغلالها أو ترك لي فصح بينها بمثابة حرم لها ، بحيث تعتبر هذه الماشي والميادين المتروكة خصصة جميعها المنفعة الخاصة للمالكين » (قنا الجزئية ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المجبوعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٨ ص ٩٥) . وقرب استئناف غنط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٩ . وقاضي الموضوع هو الله . يبت فيما إذا كان المال الشائع لا يمكن قسمة دون إخلال بالغرض . الله . أعد له هذا المال (نفدرة نسي ٢١ أكتوبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩١ - ٥ - ٤٥ - بذايول ١٠ يونيو وبيكار ٣ ققرة ٢٩٣) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع انتهت في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤١ . وما قلنا من شيوع الإجباري هو الشيوع الإجباري التبعي ، لأن الشيء المشترك تابع للملكيات مفرزة وقد أعد لخدمتها . وهناك شيوع إجباري أصلي له شيء أصلي لا تابع مخصص لخدمة جماعة حل وجه دائم ، وذلك كالمباني والمرافق التي تقام في الجبايات (أما أراضي الجبايات فهي من الأموال العامة والبناء عليها يكون بترخيص إداري) ، وكذلك مزارع الأسرة ووثائقها والأروسة وما إلى ذلك (محمد كامل مرسى ١ ققرة ١٧٢ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٨ - إسمايل غانم ققرة ١٤٣ ص ٢٣١) .

(٣) استئناف غنط ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٥ - نقض فرنسي ١٣ مارس -

١ - لا يجوز التغيير فيما أعد له الطريق من غرض إلا بموافقة جميع الشركاء ، ولا يجوز لأحد منهم أن يتفرد بإدخال تعديل في الطريق يكون من شأنه أن يعطل هذا الغرض ، حتى لو كان الذي يقوم بهذا التعديل مالك له بناءً على حافتي الطريق مواجهان أحدهما للآخر وكان التعديل مقصوراً على الجزء من الطريق الذي يفصل ما بين هذين البنائين^(١).

٢ - تكون نفقات صيانة الطريق ، ليقى مؤدياً للغرض الذي أعد له ، على الشركاء ، بنسبة مصلحة كل منهم .

٣ - يجوز لأي من الشركاء أن يتحلل من التزامه العيني بالمساهمة في نفقات صيانة الطريق ، وذلك بتركه (abandon) حصته الشائعة في ملكية الطريق^(٢) .

٤ - لا يجوز لأي من الشركاء أن يطلب القسمة لأن الشيوع إجباري كما قدمنا ، كما لا يجوز أن يتصرف في حصته الشائعة في الطريق مستقلة عن العقار المملوك له ملكية مفردة^(٣).

٥٩٨ - أنواع خاصة من الشيوع الإجباري : وهناك نوعان خاصان من الشيوع الإجباري نظمهما القانون تنظيمًا مفصلاً ، هما الحائط المشترك (ويلحق به الحائط الفاصل)^(٤) والأجزاء المشتركة في ملكية الطرقات . ويمكن أن يلحق بهذين النوعين الخاصين الحاصلين من الشيوع الإجباري نوع ثالث هو ملكية الأسرة ، ولكن الشيوع هنا وإن كان إجبارياً شيوع مؤقت غير دائم ، ويقوم

(١) بودري وشوفو فقرة ٢٧٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٩ ص ٢٩٢ - كولان وكابيتان ودو لامورالدير ١ فقرة ١٠٤١ ص ٨٣٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٧ .

(٣) مارتى وريغو فقرة ٢٣٩ - كاربونيه ص ٩٢ - محمد كامل ص ٢ فقرة ١٥٤ - شفيق شحاتة فقرة ١٥١ - محمد علي عرفة فقرة ٢٤٦ - فقرة ٣٤٨ - عبد المنعم البدرادى فقرة ١٧٠ - إسماعيل غانم فقرة ١٤٥ - حسن كيرة فقرة ١٧٢ - عبد المنعم فراج الصدة فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٤ .

وقد ورد في التفتين المدني المراقى عدة نصوص تنظم التنازل الخاص المشترك : انظر المهاد ١٠٩٣ - ١٠٩٧ من هذا التفتين .

(٤) والحائط الفاصل ليس حائطاً مشتركاً ، بل هو ملك خالص لصاحبه ، فهو إذن ليس ملكية شائعة . ولكننا ألتفتنا بالحائط المشترك لاتصال الموضوعين أحدهما بالآخر اتصالاً وثيقاً ، وإن كان لكل منهما أحكامه الخاصة به .

على الاتفاق ما بين أفراد الأسرة . فيمكن القول إذن بأن ملكية الأسرة هي شيوخ إجباري ، وإن كان شيوعا اتفاقيا مؤقتا . ونتناول بالبحث كلا من هذين النوعين الخاصة :

الفرع الأول

الحائط المشترك (*)

(والحائط الفاصل)

(Mur mitoyen, et mur séparatif)

٥٩٩ — إثبات الاشتراك في الحائط المشترك — نص قانوني : إذا فصل حائط ما بين يثنتين ، فإن هذا الحائط قد يكون حائطا مشتركا ، وقد يكون حائطا فاصلا غير مشترك ولكنه مملوك ملكية خالصة لأصاحب أحد البتائين :

ويجوز لكل ذي شأن أن يثبت أن الحائط الفاصل هو حائط مشترك . فيثبت أحد الجارين مثلا أنه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة ، أو أنه كان مملوكا لجاره ملكية خالصة ثم كسب من هذا الجار الاشتراك في الحائط في مقابل عوض دفعه له ، أو أن الجار جعل الحائط مشتركا بينهما بغير عوض . كما يجوز للجار أن يثبت الاشتراك في الحائط بطريق التتادم المكسب ، بأن يثبت أنه حاز الحائط حيازة مشتركة مع جاره ، وتصرف فيه تصرف المالك للحائط المشترك دون أن يكون ذلك مبنيا على تسامح جاره ، وبقي كذلك طول المدة اللازمة للتتادم (١)

• مراجع Delage في المسائل التي يثيرها البناء الحديث في شأن الحائط المشترك رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - Méjassol في الحائط المشترك رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ .
(١) أما إذا أقام أحد المالكين الحائط وحده ، ولكنه جعل بعض سمكه في أرض جاره ، فإن هذا الجار يملك الجزء من الحائط المقام في أرضه بطريق الالتصاق . ولكن يبدو أن الحائط لا يكون مشتركا ثالثا ما بين المالكين ، بل إن كلا منهما يملك الجزء من الحائط المقام في أرضه (قارن إسماعيل غانم فقه ١٤٦ ص ٣٣٩) . وإذا كان الباني الحائط حسن النية ، فإنه يجوز له أن يجبر جاره على أن ينزل له عن ملكية الجزء من أرضه المشغولة بالحائط في نظير تمويش عادل (م ٩٢٨ مدني) ، فيصبح الحائط في هذه الحالة ملكا خالصا للباني ، ويكون سائطا فاصلا غير مشترك .

وقد وضع القانون قرينة قانونية نيسر لإثبات الاشتراك في الحائط ، فنصت المادة ٨١٧ مدنى على ما يأتى : « الحائط الذى يكون فى وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفترقهما ، ما لم يتم دليل على العكس^(١) » . والقرينة كما نرى قابلة لإثبات العكس ، وحتى تقوم يجب توافر شرطين :

أولا - أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين ، بأن يكون هناك بناءان متلاصقان يفصل بينهما حائط . فإذا لم يكن الحائط يفصل بين بنائين ، فلا تقوم القرينة . ومن ثم لا تقوم القرينة إذا كان هناك أرضان متلاصقتان للمالكين مختلفين ، وقد أقيم في الحد الفاصل بين الأرضين حائط . كذلك لا تقوم القرينة إذا كان هناك بناء مجاور لأرض فضاء أو لغناء أو لحديقة أو لأرض زراعية ، وقد أقيم حائط في الحد الفاصل بينهما^(٢) .

ثانيا - أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه . فإذا أقيم الحائط ولم يكن هناك إلا بناء واحد ، فإن الحائط يكون جزءاً من هذا البناء وحده . وإذا أقيم بعد ذلك بناء ملاصق للبناء الأول ، فإن الحائط لا يكون مشتركا ، بل يكون حائطا فاصلا بين البنائين غير مشترك ، وهو ملك خالص لأصحاب البناء الأول كما سبق القول^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٥ من المشروع انتهىد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٨ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٧ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٦١ - ص ٦٢) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق ، فقرينة الاشتراك في الحائط في عهد هذا التقنين قرينة قضائية لا قانونية .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الآتى :

التقنين المدنى الرومى لا مقابل (فائدة قرينة قضائية) .

التقنين المدنى المجرى ٨٢٦ م (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى ١٠٩١ م (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (فائدة قرينة قضائية) .

(٢) بلاتبول وديير ويكار ٣ فقه ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

(٣) نفس فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥١ جازيت مى باله ١٩٥٢ - ١ - ٢٩ - بلاتبول .

و ديير ويكار ٣ فقه ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

فإذا توافر الشرطان سالفا الذكر ، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة كما قلنا لإثبات العكس . فيجوز لأحد البخارين أن يثبت أن الحائط ملك خالص له ، كأن يقدم مندا على تملكه إياه ، أو كأن يثبت أنه ملك الحائط ملكا خالصا بالتقدم ، أو كأن يعارض القرينة بقرينة أخرى بأن يثبت مثلا أن الحائط كله مقام على أرضه وملكه الأرض تشمل ما فوقها « (م ٨٠٣ / ٢) . وإذا تعارضت القرائن رجح قاضى الموضوع بأبها يأخذ (٧) .

ومضى ثبت أن الحائط مشترك ، وكان أحد البنائين المتلاصقين أعلى من الآخر ، فإن الحائط يعتبر مشتركا إلى الحد الذى يصل إلى قمة البناء الأقل علوا . أما الجزء من الحائط الذى يعلو فوق ذلك إلى قمة البناء الأعلى ، فيعتبر ملكا خالصا لصاحب هذا البناء . وهذا هو المعنى المقصود من المادة ٨١٧ مدنى سالفة الذكر عندما تقول ، عن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين ، إنه « يعد مشتركا حتى مفرقهما » (٨) . ويتبين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بنائين قد يكون مشتركا ، وقد يكون غير مشترك بل ملكا خالصا لصاحب أحد البنائين .

(١) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دى باليه ١٩٢٢ - ١ - ٩٠٩ - بلانويل وديوير وبيكار ٢ فقرة ٣٠٣ .

(٢) وتقول المدكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد ما أسلفناه : « والأسل أن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يتم الدليل على العكس (م ١١٨٥ من المشروع ، وهى تقابل م ٦٩ من المشروع الإيطالى وم ٦٥٣ من التفتين الإيطالى) . ويشترط ، حتى تقوم هذه القرينة شرطان : (أ) أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين ، فلا يكتفى أن يكون فاصلا بين أرضين ، أو بين أرض وبناء . (ب) وأن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه ، فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد ، ثم قام به ذلك بناء آخر ملاصق استمر بالحائط ، فأصبح هذا الحائط جزءا من البناء الأول ، فإن القرينة القانونية لا تقوم ، سويتمت الحائط فى وضعه الجديد فاصلا بين بنائين وملوكا ملكية خالصة لصاحب هذا البناء . فإذا توافر الشرطان المتقدمان ، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك حتى مفرق البنائين ، إلى أن يتم الدليل على العكس . أما الجزء الذى يعلو للمفرق ، فلكيته خالصة لمصاحب البناء الأعلى » (مجموعة الأعمال التصديرية ٦ ص ٦٤) .

المبحث الأول

أحكام الحائض المشترك

٦٠٠ - مآثانه : أحكام الحائض المشترك تتعلق بمسالتين : (١) النظام القانوني للحائض المشترك . (٢) تغطية الحائض المشترك .

المطلب الأول

النظام القانوني للحائض المشترك

٦٠١ - نص قانوني : تنص المادة ٨١٤ ملغى على ما يأتي :

١ - المالك الحائض المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أهد له : وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يجعل الحائض فوق طاقته .

٢ - فإذا لم يعد الحائض المشترك صالحا للغرض الذي خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء . كل بنسبة حصته فيه (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين الملغى السابق ، ولكن هذه الأحكام يمكن استخلاصها من القواعد العامة ، وكان القضاء في عهد هذا التفتين يطبقها دون نص (٢) .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري م ٩٧٤ - وفي التفتين المدني الليبي م ٨٢٣ - وفي التفتين المدني العراقي م ١٠٨٧ - ١٠٨٨ - وفي قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٢٧٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٢ من المشروع حل وجه مطابق لما سطر عليه في التفتين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٥ في المشروع لهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٣ ، فجلس الشيخ تحت رقم ٨١٤ (مجموعة لأعمال التصفيرية ٦ ص ٥٥ - ص ٥٧) .

(٢) انظر استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ٢٩٠٠ م ١٢ ص ٦١ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٣ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٠ .

(٣) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

ويعمل من هذا النص : (١) أن المالك الحائط المشترك استعماله بحسب القرض الذى أهد له . (٢) فلا يجوز له فتح مناور في هذا الحائط بدون إذن المالك الآخر . (٣) ونفقات الصيانة والإصلاح تكون على الشركاء ، كل بنسبة حصته .

٦٠٢ - استعمال الحائط المشترك بحسب القرض الذى أهد له :

لكل شريك في الحائط المشترك أن يستعمله ، ويتقيد في استعمال هذا الحق بتقيدين : (التقيد الأول) أن يكون الاستعمال بحسب القرض الذى أهد له الحائط . والقرض الذى أهد له الحائط المشترك هو من جهة استئجار كل شريك به بحيث يستند إليه بناؤه ، ومن جهة أخرى إقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليستند عليها كل شريك سقف بناه . (والتقيد الثانى) ألا يعمل الحائط فوق طاقته في استعماله للقرض الذى أهد له ، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر للحائط على الوجه المتقدم الذكر .

١ - التقنين المبنى السورى م ٩٧٤ : ١ - لا يجوز لملك حائط مشترك أن يرفعه أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . ٢ - إنما يجوز له أن يضع ، من جهة مقاره ، على الحائط المشترك ، أو أن يستند إليه ، جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحملة الحائط . (وهذه الأحكام تقارب أحكام القانون المصرى) .

التقنين المبنى اللبنى م ٨٢٢ (مطابق) .

التقنين المبنى المرقى م ١٠٨٧ : ١ - لكل من الشريكين في الحائط المشترك أن يضع عليه أمثالا أو غيره بقدر ما لشريكه ، بشرط ألا يجاوز كل منهما ما يتحملة الحائط ، وليس لأحد منهما أن يزيده في ذلك بدون إذن الآخر . ٢ - وإذا لم يمد الحائط المشترك سالحا للقرض الذى عسسه له عادة ، فلفظة إصلاحه أو تعديده على الشريكين مناصفة .

١ - ١٠٨٨ : ١ - إذا وحى حائط مشترك ونهض سقوطه ، وأراد أحد الشريكين حمله وأبى الآخر ، يجبر الأبى على الهدم . ٢ - وإذا أتهم الحائط المشترك ، وأراد أحدهما إضافة بناه وأبى الآخر ، يجبر الأبى على البناء ، ويجوز لشريكه بإذن من المحكمة أن يمدد بناه وأن يرجع على الأبى بمصعبه من نفقات البناء . (والقانون المرقى يتفق في مجموع هذه الأحكام مع القانون المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧٠ : لا يجوز لأصاحب حائط مشترك أن يرفعه ، أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . بيد أنه يجوز له أن يضع ، من جهة مقاره ، على الحائط المشترك أو أن يستند إليه جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحملة الحائط . (وهذه الأحكام تقارب أحكام القانون المصرى) .

فإذا أقام الشريك عوارض فوق الحائط المشترك ، وجب عليه أن يراعى أن للشريك الآخر هو أيضاً حق إقامة عوارض ، فلا يضع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحمله الحائط ، حتى يدع لشريكه مجالاً لاستعمال حقه . كذلك إذا أراد أى شريك وضع عوارض ، وجب عليه أن يترك في ملكه قمة الحائط المسافة التي يحتاج إليها صاحبه لوضع عوارضه . وإذا وقع خلاف بين الشريكين في استعمال حق كل منهما ، جاز اللجوء إلى القضاء ، ويعين القضاء عند الاقتضاء خبيراً .

وغنى عن البيان أنه لما كان شيوع الحائط المشترك شيوفاً إجبارياً نظراً للغرض الذي أعد له الحائط ، فإنه لا يجوز لأى من الشريكين أن يطلب قسمة الحائط ، كما لا يجوز له التصرف في حصته الشائعة فيه مستقلة عن العقار الذي يملكه ، ولا يجوز للدائنه الحجز على هذه الحصّة الشائعة استقلالاً .

٦٠٣ - **عدم جواز فتح مناور في الحائط المشترك :** ولما كان الغرض الذي أعد له الحائط المشترك يتعارض مع فتح مناور أو فتحات أخرى فيه ، لأن الحائط المشترك إنما أعد للاستقرار به وهذا يتنافى مع إحداث فتحات فيه (١) ، لذلك لا يجوز لأى شريك أن يفتح في الحائط المشترك مناور أو فتحات أخرى تنفذ إلى ملك جاره دون موافقة هذا الجار . وقد ورد بهذا الحكم نص صريح في التقنين المدني الفرنسي (م ٦٧٥) ، ويمكن تطبيق الحكم دون نص في القانون المصري لأنه يتفق مع القاعدة التي تقضى بقصر استعمال الحائط المشترك على الغرض الذي أعد له .

وقد يفتح الجار منوراً في الحائط الفاصل وهو ملك خالص له (٢) ، فإذا تمكن جاره من جعل الحائط مشتركاً بالشراء أو بالتقادم أو بطلب المشاركة في الجزء المثل (م ٨١٦ مدني) إذا فتح فيه المنور أو بغير ذلك من الأسباب ، فإنه يحق له عندئذ أن يطالب الجار بسد المنور (٣) .

(١) دلائيل وريير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠٠ - ص ٢٠١ .
(٢) أما فتح المثل فيقتضى ترك مسافة مترين من الحد للفاصل ، هذا ما لم يكن الجار قد فتح المثل في الحائط الفاصل وكسب هذا الحق بالتقادم .
(٣) انظر في هذا المعنى بودرى وشوفر فقرة ٩٥٨ - أوبري دور ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٥٨٧ - دلائيل وريير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٢٠١ .

وإذا فتح الجار متوراً في الحائط المشترك بالرغم من علم جواز ذلك ، ويبقى المنور مفتوحاً المدة اللازمة للتقادم ، لم يجوز للجار بعد ذلك أن يطلب سد المنور . ولكن يلاحظ في هذا أن يكون ترك المنور مفتوحاً ليس راجعاً إلى تسامح الجار . وما قلناه في المنور نقوله في المظلل ، إذ يجوز أن يفتح الشريك في الحائط المشترك مظلاً ، ويبقى المظلل مفتوحاً لأعلى سبيل التسامح المدة اللازمة للتقادم ، وعند ذلك لا يجوز للشريك الآخر إجبار شريكه على سد المظلل (١) .

٦٠٤ — نفقات الصيانة **والمروءة** والتجديد : وصيانة الحائط المشترك يتحمل نفقاتها الشركاء كل بنسبة حصته . وقد يصبح الحائط المشترك غير صالح للغرض الذي أعد له ، فيحتاج إلى إصلاح ، أو إلى هدم وإعادة بناء . ونفقات الإصلاح وتجديد الحائط كنفقات الصيانة يتحملها الشركاء ، كل بنسبة حصته .

أما إذا كان إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بنائه ليس ضرورياً ليقوم الحائط بالغرض الذي أعد له ، ومع ذلك قام الشريك بإصلاحه أو إعادة بنائه لمصلحته الخاصة ، فإن هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات الإصلاح أو التجديد (٢) . كذلك إذا كان الخلل الذي أصاب الحائط فاقضى إصلاحه أو تجديده راجعاً إلى خطأ شريك بالذات ، فإن هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات الإصلاح والتجديد (٣) .

ولما كان التزام الشريك بتحمل نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد على الوجه سالف الذكر التزاماً عينياً (propter rem) ، فإنه يستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن حق ملكيته الشائعة (abandon) في الحائط (٤) . وإذا تخلى للشريك عن ملكيته الشائعة ، أصبح الشريك الآخر هو وحده الذي له حق استعمال الحائط بشرط أن يقوم بترميم الحائط وصيانته . فإن لم يرممه ، وسقط

(١) بلاتويل وريبير وييكار ٣ فقرة ٣٠٥ من ٣٠١ .

(٢) بلاتويل وريبير وييكار ٣ فقرة ٣١٠ من ٣٠٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٦ من ٦٥ .

(٤) ولا يستطيع التخلل إذا كان هو الذي أحدث بخله الخلل الذي أصابه الحائط ، لأنه يصبح هو وحده الملزم بنفقات الترميم كما قلنا ، فلا يجوز له أن يلقى عبئها على الشريك الآخر (محمد علي ٥ فقرة ٢٤٤ من ٣١٥) .

الحائظ ، كانت الانتفاض وأرض الحائظ ملكا للشريكين وقسماها بينهما^(١) .
 على أن حق الشريك في التخلي عن الحائظ على النحو الذي قدمناه يشترط فيه
 ألا يكون بناء هذا الشريك مستندا إلى الحائظ ، وإلا فإنه سيقبل متنعفا بالحائظ
 بالرغم من تخليه عنه . بل يجب أن يهدم البناء أولا ، ثم يتخلى عن الحائظ .
 ولا يكفي أن يتعهد بهدم البناء ، فإنه قبل أن يهدم البناء فعلا بظل شريكا
 في الحائظ ولا يستطيع التخلي عنه^(٢) .

المطلب الثاني

تعليق الحائظ المشترك

٦٠٥ - **نص قانوني :** تنص المادة ٨١٥ مدني على ما يأتي :

١ - « المالك إذا كانت له مصلحة جديفة في تعليق الحائظ المشترك أن يعايه ،
 بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا . وعليه وحده أن يتفق على التعليق وصيانة
 الجزء المعلق ، وعمل ما يلزم لحمل الحائظ بتحمل زيادة العبء الناشئ من
 التعليق دون أن يفقد شيئا من مئانته » .

٢ - « فإذا لم يكن الحائظ المشترك صالحا لتحمل التعليق ، فعلى من يرغب
 فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائظ كله على نفقته ، بحيث يقع ما زاد من
 عمله في ناحيته هو بقدر الاستطاعة . ويظل الحائظ المحد في غير الجزء
 المعلق مشتركا ، دون أن يكون للجار الذي أحدث التعليق حق في التمتع^(٣) » .

(١) أوبدي ودو ٢٠ فقرة ٢٢٢ ص ٥٧٤ - بورد وشواو فقرة ٩٧٧ - بلاديول
 وديير وبيكار ٣ فقرة ٣١١ ص ٣٠٥ - ويفسر بعض الفقهاء ذلك بأن التخلي هنا لا يمتد
 أكثر من أن الشريك كان ينتفع بالحائظ المشترك ومن ثم كان يتحمل تكاليفه ، وبزوا له عن الانتفاع
 بالحائظ تسقط عنه التكاليف ، ولكن ملكية الحائظ والأرض المقام عليها الحائظ تبقى مشتركة
 (كرلان وكايتان وحى لامو، الفقيه ١ فقرة ١٠٥١ ص ٨٤٦) .

(٢) نقضت لسي ١٦ ديسمبر سنة ١٨٦٣ بالقوز ٦٤ - ١ - ٤٠٩ - بلانيه ك وديير
 وبيكار ٣ فقرة ٣١١ ص ٣٠٦ .

(٣) تاريخ النص : وجد هذا النص في المادة ١١٨٣ من المشروع المسمى على وجه مطابق
 لما استقر عليه في الترتين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٦ في المشروع
 النهائي . ثم وافق عليه لسانه أب تحت رقم ٨٨٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٥ (جمعة
 الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧ - ص ٥٩) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام الواردة فيه تتفق مع القواعد العامة^(١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٧٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٨٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧١^(٢) .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك فرضين في تعلية الحائظ المشترك : فإما أن يعطيه الشريك دون أن يعيد بناءه ، أو يعيد بناءه حتى يتمكن من تعالته . وفي الفرضين يبقى الحائظ مشتركاً في غير الجزء المعلن ، أما الجزء المعلن فيكون ملكاً خالصاً للشريك الذي قام بتعلية الحائظ .

٦٠٦ - تعلية الحائظ دور إعادة بناء : قد يقتضى الأمر تعلية الحائظ المشترك لمصلحة الشريكين معاً ، وعند ذلك تكون نفقة التعلية عليهما ، ويبقى الحائظ - ويدخل في ذلك الجزء المعلن - مشتركاً على ما كان .

أما إذا اقتضت التعلية مصلحة جديدة لأحد الشريكين دون الآخر ، كأن كان الشريك الذي تقتضى مصلحته التعلية يريد أن يبني طابقاً جديداً فوق طبقات بنائه الموجودة فعلاً ، وكانت التعلية ممكنة دون حاجة إلى إعادة بناء الحائظ ، جاز لهذا الشريك أن يقوم بتعلية الحائظ بشرط ألا تضرب التعلية

(١) انظر استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦١ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٣٣٠ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني - دى م ٩٧٥ - ١ - لا يلزم أحد بالتنازل لبلّاره من حقه المشترك في الحائظ .
٢ - إنما إذا أراد أحد الشركاء بالشروع علو حائظ ، وذلك برضاء الشريك الآخر ، فيحق للشريك الآخر إذا لم يكن قد تحمل شيئاً من النفقة ... (والتقنين السوري يختلف عن التقنين المصري في أنه يشترط في تعلية الحائظ المشترك رضاه كل من الشريكين) .

التقنين المدني الليبي م ٨٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٨٩ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧١ : لا يلزم أحد بالتنازل لبلّاره من حقه المشترك في الحائظ .
بيد أنه إذا أراد أحد الشركاء بالشروع علو حائظ ، وذلك برخصة من الشريك الآخر ، يحق لهذا الشريك ، إذا لم يكن قد تحمل شيئاً من النفقة ... (القانون اللبناني ، كالتقنين السوري) .
يختلف عن التقنين المصري في أنه يشترط في تعلية الحائظ رضاه كل من الشريكين) .

بالشريك الآخر نهراً جسيماً . وعلى الشريك الذى يقوم بالتعليه أن يتحمل وحده نفقتها ، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعليه دون أن يفقد شيئاً من متانته^(١) . وبعد أن تم التعليه ، يكون عليه وحده نفقات صيانة الجزء المعلق لأن هذا الجزء يكون ملكاً خالصاً له ، بخلاف الجزء الأسفل فإنه يبقى مشتركاً بين الجارين ويتحملان معاً نفقات صيانته^(٢) .

٦٠٧ - تعلية الحائط من طريق إعادة بنائه : فإذا لم تكن التعليه ممكنة دون إعادة بناء الحائط ، فللجار الذى له مصلحة جديدة فى التعليه أن يهدم الحائط ويعيد بنائه معلقاً - ويشترط هنا أيضاً ، قياساً على ما اشترط فى الفرض الأول ، ألا يلحق هدم الحائط وإعادة بنائه ضرراً جسيماً بالجار الآخر . فإذا كان بناء الجار الآخر معتمداً على الحائط ، ولا يمكن هدم الحائط دون هدم بناء الجار أو هدم جزء كبير منه ، فإن هذا يعتبر ضرراً جسيماً يلحق الجار ، ويمنع من يريد التعليه من القيام بها . وعليه فى هذه الحالة أن يترك الحائط المشترك على حاله ويبنى حائطاً آخر إلى جانبه عند الاقتضاء ، ويكون هذا الحائط الآخر ملكاً خالصاً له .

أما إذا كانت إعادة بناء الحائط معلقاً لا تلحق ضرراً جسيماً بالجار ، كان لمن يريد التعليه أن يهدم الحائط ويعيد بنائه ، ويكون الهدم وإعادة البناء على نفقته . وإذا اقتضى الأمر زيادة سمك الحائط بسبب تعليته ، فعليه أن يجعل ما زاد من سمك الحائط فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة ، وإلا فعليه أن يدفع الجار تعويضاً عما زاد فى سمك الحائط من ناحية هذا الجار .

وبعد إعادة بناء الحائط ، يظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلق حائطاً مشتركاً بين الجارين ، ولا يرجع من أعاد بناء الحائط على جاره بأى تعويض ، كأن يطالبه بالفرق فى القيمة ما بين الحائط الجديد والحائط القديم . أما الجزء

(١) وعلى ذلك يتحمل وحده من نفقات صيانة الجزء المشترك من الحائط للمصروفات التى اقتضتها زيادة السبب الناشئ عن التعليه (إسماعيل غانم بقرة ١٤٨ ص ٣٤٢ - وقارن محمد على عرفة بقرة ٢٤٥ ص ٣١٦) .

(٢) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التمهيدية

المعل من الحائط الحديد فيكون ملكاً خالصاً لمن قام بالتعليق ، وعليه وحده
 نفقة صيانته ، ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء المعلق ، إلا إذا
 استعمل حقه في أن يكون شريكاً فيه على الوجه الذي سنبينه فيما يلي ، أو كسبه
 الاشتراك فيه بطريق التقادم بأن استعمله مدة خمس عشرة سنة دون أن يكون
 ذلك محمولاً على بطلنة التسامح من لجاره (١) .

٦٠٨ - موز موستراك في الجزء المعلق - نص قانوني : وتنص
 المادة ٨١٦ مدني على ما يأتي :

« للجار الذي لم يساهم في نفقات التعليق أن يصبح شريكاً في الجزء المعلق ،
 إذا هو دفع نصف ما أتفق عليه بقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة
 السهم إن كانت هناك زيادة » (٢)

(١) انظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦
 ص ٦٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٤ من المشروع التمهيد على وجه
 مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٧ في المشروع
 النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٦ (لائحة
 الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ - ص ٦٦) .
 ولا مقابل للنص في التفتين المدني السابق .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الآخر :
التفتين المدني السوري م ٢/٩٧ : إنما إذا أراد أحد الشركاء بالشيوخ علو حائط ، وذلك
 بهضاء الشريك الآخر ، فيسقط للشريك الآخر ، إذا لم يكن قد تحمل شيئاً من النفقة ، أن
 يكتسب حق الشركة في القسم المنشأ حديثاً في الحائط المشترك ، بشرط أن يدفع نصف هذه النفقة ،
 وأن يدفع أيضاً ، إذا اقتضى الأمر ، نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط .
 (وأحكام التفتين السوري تنطق مع أحكام التفتين المصري)

التفتين المدني الليبي م ٨٢٥ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ١٠٩٠ (موافق) .

فإنه الملكة المغاربة اللبناني م ٧١ : ... بيد أنه إذا أراد أحد الشركاء في الشيوخ علو
 حائط ، وذلك بهريعة من الفريق الآخر ، يسقط لهذا الفريق إذا لم يكن قد تحمل شيئاً من النفقة ،
 أن يكتسب حق الشركة في القسم المنشأ حديثاً في الحائط المشترك ، بشرط أن يدفع نصف هذه
 النفقة ، وأن يدفع أيضاً ، إذا اقتضى الأمر ، نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط .
 (وأحكام التفتين اللبناني تنطق مع أحكام التفتين المصري) .

وقد قلدنا أن الجزء المملى . سواء كانت التعلية دون إعادة بناء الحائط أو بإعادة بنائه . يبقى ملكا خالصا لمن قام بالتعلية ، يقوم هو بتفقات صيانتة ، ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء دون إذنه .

ولكن يجوز للجار ، وهو شريك في الجزء الأسفل من الحائط كما قلدنا ، أن يطلب أن يكون شريكا أيضاً في الجزء المملى ، فيصبح الحائط مشتركاً في جميع أجزائه . وهذا الحق في الاشتراك في الحائط مقصور ، في القانون المصرى . على الجار الذى يكون شريكاً من قبل في الجزء الأسفل ويريد الآن الاشتراك في الجزء المملى . أما إذا كان الحائط كله ملكاً خالصاً لأحد الجارين ، فلا يجوز للجار الآخر أن يطلب الاشتراك فيه ، كما يجوز ذلك في القانون الفرنسى (١) .

وعلى الجار الذى يريد أن يكون شريكاً في الجزء المملى أن يعلن رغبته في ذلك ، وليس لإعلان هذه الرغبة شكل خاص فيجوز أن يكون بإنذار على يد محضر ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، كما يجوز أن يكون شفويًا وعليه عبء إثبات ذلك . ويجب على هذا الجار ، حتى يصبح شريكاً في الجزء المملى ، أن يدفع لجاره نصف ما أنفق في التعلية ، سواء المصروفات التى أنفقها في تعلية الحائط دون إعادة بنائه ، أو المصروفات التى أنفقها في إعادة بناء الحائط . ويدفع كذلك قيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة سلك الحائط ، إن كانت هناك زيادة . فإذا سلم له جاره بذلك دفع نصف النفقات على النحو السالف الذكر ، وإلا لجأ إلى القضاء .

وسواء سلم الجار أو حكم القضاء بالاشتراك في الجزء المملى ، يجب على من طلب الاشتراك أن يسجل الاتفاق أو الحكم الصادر لصالحه تطبيقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى . ويبقى حق الاشتراك قائماً مقام سببه ، فلا يزول بالتقادم ومن ثم يجوز للجار أن يطلب الاشتراك في الجزء المملى حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التعلية .

ومتى أصبح الجزء المملى مشتركاً ، فإن الحائط كله يصبح مشتركاً بين

الجارين ، فيتملأن معاً نفقات صيانه وإصلاحه وتجديده على الوجه الذى سبق أن بيناه (١) .

المبحث الثانى

أحكام الجائظ الفاصل غير المشترك

٦٠٩ - نص قانونى : تنص المادة ٨١٨ مدنى على ما يأتى :

١ - ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ، ولا على النزول عن جزء من حائطه أو من الأرض التى عليها الحائط إلا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ .

٢ - ومع ذلك فليس للمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى ، إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط (٢) .

ويقابل النص المادة ٥٩/٣٨ - ٦٠ من التقنين المدنى السابق (٣) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل - وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٧ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٩٢ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانية لا مقابل (٤) .

(١) انظر آتفا فقرة ٦٠٤ - وانظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى دوعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٩ فى المشروع التمهيدى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٨ (جمعية الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣ - ٦٦) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٥٩/٣٨ - ٦٠ : ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ، ولا على أن يسليه جزءاً من حائطه أو من الأرض التى عليها الحائط المذكور . ومع ذلك ليس للمالك الحائط أن يهدمه بمجرد إرادته ، إذا كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه ، ما لم يكن عمله بناء على باعث قوى .

(و أحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

وننتقل هنا إلى الحائط الفاصل غير المشترك ، وقد قرر القانون في شأنه أموراً ثلاثة : (١) ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط فاصل يحوط به ملكه . (٢) وليس للجار أن يطلب من جاره النزول عن جزء من الحائط الفاصل الذي يكون ملكاً خالصاً لهذا الجار . (٣) ولكن لا يجوز للجار ، دون عذر قوى ، أن يهدم الحائط الفاصل الذي يكون ملكاً خالصاً له إذا كان جاره مستتراً به .

٦١٠ - ليس للجار أنه يجبر جاره على تحوط ملكه : وهذا ما نصت عليه العبارة الأولى من المادة ١/٨١٨ ملق في رأينا ، وقد جاء هذا النص على خلاف ما يقضى به التقنين المدني الفرنسي ، إذ تقضى المادة ٦٦٣ من هذا التقنين بأنه يجوز للجيران ، في المدن وضواحيها ، أن يجبروا جيرانهم على إقامة ما يحوطون به مساكنهم وأبنيتهم وحدائقهم الموجودة في هذه المدن والضواحي . وقد رأى المشرع الفرنسي أن السكان في المدن وضواحيها في حاجة إلى تحوط مساكنهم وأبنيتهم وحدائقهم ، حتى يأمنوا فضول الناس وعيث العاهلين وسطو اللصوص . فأجاز للجار إجبار جاره على المساهمة في ذلك ، وهذا ما يسمى بالتحويط الجبري (clôture forcée) . على أن هذه القاعدة في القانون الفرنسي ليست من النظام العام ، فيجوز للجار أن ينزل عن حقه في إلزام جاره بذلك ، بشرط أن يكون هذا النزول صريحاً (١) . وإذا أقام أحد الملاك على نفقته حائطاً فاصلاً بينه وبين جاره ، لم يحز له أن يطلب من الجار أن يساهم في هذه النفقات ، وإنما يجوز لهذا الأخير ، كما سترى ، أن يطلب الاشتراك في هذا الحائط فيكون حائطاً مشتركاً بينهما . كما يجوز للجار ، قبل أن يقيم الحائط الفاصل ، أن يجبر جاره على المساهمة معه في إقامته كما سبق القول . ولم يرد في التقنين المدني المصري ، لا السابق ولا الجديد ، نص يلزم

— التقنين المدني المصري م ٨٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢٠٩٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) نقض فرنسي ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ -- ١ - ٢٩ - بلافيرول وريير

ويكار ٣ فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٤ .

الجار بتحويل ملكه . بل ورد على العكس من ذلك ، في كل من التقنينين كما رأينا ، نص صريح يقضى بأنه « ليس للجار أن يجبر جاره على تحويل ملكه » . ولئن يريد تحويل ملكه أن يفعل ، دون أن يجبر جاره على المساهمة معه في ذلك . فإذا بنى حائطا فاصلا بينه وبين جاره ، بناء على نفقته دون أن يلزم جاره بالاشتراك معه في هذه النفقات . وعليه هو وحده أن يقوم بصيانة هذا الحائط ، وبترميمه إذا اقتضى الأمر ذلك .

٦١١ - ليس للجار أنه يطلب الاشتراك في حائط جاره : وكما لا يجوز للجار أن يجبر جاره على المساهمة في الحائط الفاصل الذي أقامه على نفقته ، كذلك لا يجوز للجار الآخر أن يجبر الجار الذي أقام الحائط على الاشتراك معه في هذا الحائط ولو عرض عليه أن يدفع له نصف النفقات أو كلها^(١) . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١/٨١٨ ملغى ، كما رأينا ، في هذا المعنى لأنه ليس للجار أن يجبر جاره « على التزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط ، إلا في الحالة المذكورة في المادة ٨١٦ » . والحالة المذكورة في المادة ٨١٦ ملغى هي ، كما رأينا ، حالة ما إذا قام الجار بتعليق الحائط المشترك على نفقته ، فيجوز لجاره أن يطلب الاشتراك في الجزء الملحق ويصبح الحائط كله مشتركا . ولكن بشرط في ذلك أن يكون الحائط منذ بدايته حائطا مشتركا ، وعلا أحد الجارين على نفقته ، فحتى يتيسر إبقاء الحائط كله حائطا مشتركا حتى بعد التعليق ، أجاز المشرع المصري للجار الذي لم يتم بالتعليق أن يطلب الاشتراك في الجزء الملحق على التفصيل الذي سبق بيانه^(٢) .

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز ما أجاز المشرع المصري ، وذلك في المادة ٦٦٠ ملغى فرنسي . وأجاز فوق ذلك ما لم يجزه المشروع المصري ، فقضى في المادة ٦٦١ ملغى فرنسي بأنه يجوز للجار أن يطلب من جاره الاشتراك في

(١) انظر آتفاقة ٦٠٨ .

(٢) انظر آتفاقة ٦٠٨ - يضاف إلى هذه الحالة ما إذا أعاد الجار بناء الحائط المشترك ، وأعطى أن يزيد في سهم الحائط وأن يأخذ جزءا من هذا السهم من أرض جاره ، حيث يجب أن يدفع للجار ثمن ما أخذه من أرضه (انظر آتفاقة ٦٠٧) - وانظر **Fourenco** رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ - **Poder** رسالة بن رن سنة ١٩٤٠ - **Rouche** رسالة من ليون سنة ١٩٤١ - **Cazin** رسالة من كلان سنة ١٩٤٨ .

حائطه الفاصل ، كله أو بعضه ، بأن يدفع له نصف قيمته أو نصف قيمة الجزء الذى يريد جعله مشتركا : مع نصف قيمة الأرض التى أقيم عليها الحائط . فى القانون الفرنسى إذن يجوز للجار أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلق الذى لم يشترك فى تعليته من الحائط الذى كان مشتركا منذ البداية ، وكذلك الاشتراك فى الحائط الفاصل الذى لم يكن حائطا مشتركا من قبل^(١) . أما فى القانون المصرى . فالأمر الأول ، دون الأمر الثانى ، هو الحائز^(٢) .

٦١٢ - ليس للمالك الحائط الذى يستتر به الجار أنه يهدم دونه

حذر قوى : ولما كان القانون المصرى لا يعطى للجار حقا فى أن يطلب الاشتراك فى الحائط الفاصل المملوك لجاره ملكا خالصا كما قدمنا ، فإنه عوَضَ على الجار عن ذلك الحق بحق آخر . فإذا كان هناك حائط فاصل مملوك لصاحبه ملكا خالصا ، فإن الجار إذا كان لا يستطيع إلزام جاره بالاشتراك فيه ، يملك على الأقل أن يمنعه من هدم هذا الحائط الذى يستتر به إذا لم يكن هناك عذر قوى لهدمه . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ ملقى فى هذا الصدد ، كما رأينا^(٣) ، على ما يأتى : « ومع ذلك فليس للمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى . إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « وفى هذا تطبيق لنظرية التمسك فى استعمال حق الملكية ، ورد فى التفتين الحالى (السابق) . واحفظ به المشروع^(٤) » .

ويجب . حتى تنقيد سلطة المالك فى هدم حائطه ، أن يكون جاره مستترا بهذا الحائط ، فيكون ملك هذا الجار مسورا من جهات ثلاث ، والجهة الرابعة هى التى يستتر فيها بالحائط . أما إذا كان ملك الجار غير مسور إلا من جهتين أو من جهة واحدة ، أو كان غير مسور أصلا ، فلا يمكن أن يقال إنه مستتر بالحائط الفاصل .

(١) انظر فى القانون الفرنسى فى هذه المسألة بلانزيل وريبير وهيكار ٣ قرة ٣١٢ -

فقرة ٣١٨ .

(٢) انظر ألفا فقرة ٦٠٨ .

(٣) انظر ألفا فقرة ٦٠٩ .

(٤) مجموعة الأعمال التوضيحية ص ٦٥ .

ثم يجب أن يكون هدم الحائط دون عذر قوى . فإذا كان لدى صاحب الحائط عذر قوى لهدمه ، كأن كان يريد إعادة تشييد بنائه على وضع يختلف عن وضعه السابق وتقتضى إعادة البناء هدم الحائط ، فن حقه أن يهدمه حتى ولو كان جاره يستتر به ، لأن له مصلحة ظاهرة في الهدم ، ولا يمكن أن يقال في هذه الحالة إنه متصرف في استعمال حقه في هدم الحائط .

ويجب أخيراً أن يعود هدم الحائط بضرر محسوس على الجار الذى يستتر به . فإذا كان هذا الجار له أرض فضاء سورها من جهات ثلاث واستتر بحائط جاره في الجهة الرابعة ، فهدم الجار لحائطه لا يعود في هذه الحالة بضرر محسوس على صاحب الأرض الفضاء .

وظاهر مما تقدم أن منع صاحب الحائط من هدمه ، إذا توافرت الشروط الثلاثة سالفة الذكر ، ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما قدمناه ، إذ يكون صاحب الحائط قد رى من هدمه إلى تحقيق مصالحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها (م ٥ فقرة ب ملئ) .

وكل ما للجار من حق هو عدم هدم الحائط الذى يستتر به ، فلا يكون له أبى حق في الحائط غير هذا للقيود السلبى^(١) ، ولذلك عد هذا الحكم ضمن القيود التى ترد على حق الملكية . ومن ثم لا يكون للجار حق ملكية مشتركة في الحائط الذى يستتر به ، إذ يبقى الحائط مملوكاً ملكاً خالصاً لصاحبه ، ولا يجوز للجار استعماله في غير الاستتار به إلا بإذن المالك^(٢) . ولا يكون للجار كذلك حق ارتفاق على الحائط ، وليس للزام صاحب الحائط بعدم هدمه إلا قيداً وارداً على حقه في استعمال ملكه كما سبق القول . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكسب

(١) وإذا هدم المالك حائطه بناء على بائع قوى ، فليس لجاره أن يلزمه بإعادة بناء الحائط ليستتر به ، وكذلك لا يجبر الجار على الاشتراك في مصروفات الحائط إذا أعاد المالك بناءه (محكمة قرطاجين استئنافي ٩ أ ب سنة ١٩٠٧ المجلد ٩ الرسمية ٩ رقم ٩٠ ص ٢٠٦) .

(٢) وقد قضى بأنه يؤخذ من نص المادة ٢٨ مدنى (قديم) المأخوذة من الشريعة الفراه (م ٦٩ مرشد الحيران) أنه يجوز للجار أن يستتر بحائط جاره . بدون أن يدخل فيه أبنية أو تقاضيب أو غير ذلك مما يضر به (دسوق ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ١٩٤) .

الجار الاشتراك في الحائط أو حتى ارتفاق عليه بسبب قانوني ، كأن يشترى هذا الحق أو أن يكسبه بالتقادم^(١) .

الفرع الثاني

ملكية الطبقات^(٢)

٦١٣ - السفل والعلو في التنجين المرفئ السابق : كان التجنين المدني السابق يعرف ملكية الطبقات في صورة السفل والعلو ، وهي الصورة التي نقلها عن الفقه الإسلامي . وتتخلص في أن يكون كل من صاحب السفل وصاحب العلو مالكا لطبقة بنائه ملكية خالصة ، حوائط وأرضية وسقفا ونوافذ وأبوابا ويملك صاحب السفل الأرض التي يقام عليها البناء كله : أما صاحب العلو فله حق القرار على السفل . وتبعاً لهذا التصوير كانت المادة ٥٧/٣٦ من التجنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « على مالك للطبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له ، إذ أنها تعتبر ملكا له . وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح ، وعليه أيضا إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذي لا يفتتح به صاحب الطبقة السفلى » .

وقد استبقى التجنين المدني الجديد ملكية السفل والعلو كما كانت في التجنين المدني السابق ، ونقل من هذا التجنين النصوص الخاصة بهذا الموضوع ، وكذلك نقل عن القضاء المصري ما أقره من المبادئ في هذا الشأن^(٣) .

٦١٤ - الطبقات المفترزة والسيوع الإجباري : ونقل التجنين المدني

(١) محمد حل حرفة فقرة ٣٤٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٩٥ ص ١٢٢ - إسماعيل غانم فقرة ٤٨ .

(٥) مراجع : Jallot في بيع وتقديم المنازل إلى طبقات وشقق الطبقة الثانية سنة ١٩٢٧ - Fourcade رسالة من بورجو سنة ١٩٤٠ - Poder رسالة من رن سنة ١٩٤٠ - Renschei رسالة من ليون سنة ١٩٤١ - Cazin في الملكية المختلطة في العقارات المقسمة إلى شقق كان سنة ١٩٤٨ - السيد حل المغازي في ملكية طبقات المنازل في القانون الفرنسي وفي القانون المصري (الملحق والجديد) سنة ١٩٤٩ .

(٢) انظر المواد ٨٥٩ - ٨٦١ مدني .

الحديد أيضا عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ تصويراً أكثر للملكية الطبقات أكثر حداثة وجدة ، ويتمشى مع حالة العمارات التى تتكون من عدد كبير من الطبقات والشقق . وفى هذا التصوير تتكون العارة من أجزاء مفترزة هى الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك مستقل بها ، ومن أجزاء شائعة شيوعاً إجبارياً وهى تشمل على هيكل العارة بأكمله من أرض وجوانب رئيسية وأساسات ومداخل وأفنية وأسطح وسلام ومصاعد ودهاليز ، وبالحملة كل أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع . فلكية الطبقات فى هذا التصوير الحديد تتكون من طبقات مفترزة وشيوع إجبارى .

وقد أراد المشرع ، من وضع التصوير الحديد من الطبقات المفترزة والشيوع الإجبارى إلى جانب الوضع القديم من سفلى وعلو : أن يشجع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ، توقفاً لأزمة المساكن وازدياد عدد السكان . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « وقد نقل هذا التنظيم من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ ، وقصد من نقله إلى تشجيع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ذات الإيراد المحدود ، فهذه لا يستطيع الفرد منها أن يملك منزلاً كاملاً ، ويؤثر على الاشتراك مع غيره فى الشروع أن يستقل بملكية طبقة من طبقات المنزل . فإذا وضع نظام لتحديد العلاقات المستمرة بينه وبين جيرانه ، كان فى هذا طريق لحسم المنازعات التى تنشأ عن هذه الملكية ، وصعب لتيسيرها وانتشارها » (١) .

(١) مجلة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٠ - وانظر حكماً محكمة الاستئناف المختلطة بجزر الفرق بين ملكية الطلوس والفلل وملكىة الطبقات : استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٨٩ . وانظر فى الفقه المصرى إلى أثير بين ملكية الطلوس والفلل وبين ملكية الطبقات : إسماعيل غانم فقرة ١٤٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٠ ص ٢٤٩ - ٢٥٠ - السيد على المنازلى فى ملكية طبقات المنازل سنة ١٩٤٩ فقرة ٤٨ ص ٩١ - ٩٤ - وانظر فى عدم التمييز ما بين قانونين مع أنهما من مصدرين مختلفين : محمد كامل موسى ٢ فقرة ٢٦٥ - محمد على عرفة فقرة ٣٥٩ وما بعدها - عبد المنعم البدر أو فقرة ١٧٦ ص ٢١٣ وفقرة ٢٨٤ - حسن كبرى فقرة ١٨٣ وما بعدها - عبد المنعم فرج كبرى فقرة ١٨٤ - فقرة ٢٨٦ .

فنيحت في ملكية الطبقات : (أولا) نظام السفلى والعلو ، كما نقله التقنين
للمدنى الجديد عن التقنين المدنى السابق والقضاء المصرى والشرعة الإسلامية .
(ثانيا) نظام الطبقات المقرزة والشيوع الإجبارى ، كما نقله التقنين المدنى
الجديد عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ .

المبحث الأول

السفلى والعلو

٦١٥ - **تافىص أهمية هذا النوع من ملكية الطبقات :** كان نظام
السفلى والعلو هو النظام السائد فى ملكية الطبقات فى عهد التقنين المدنى السابق .
وقد أخذت أهميته تتناقص بانتشار العمارات الكبيرة ، التى يتلام معها نظام
الطبقات المقرزة والشيوع الإجبارى . على أن نظام السفلى والعلو لا يزال
موجودا من مخلفات العهد القديم ، وقد نظمته التقنين المدنى السابق كما قلدنا ،
وعن هذا التقنين استمد التقنين المدنى الجديد النصوص الواردة فى هذا الشأن (١) .
فلذا اقتصرنا هنا على هذا النظام ، دون خلط بينه وبين نظام الطبقات
المقرزة والشيوع الإجبارى الذى سيأتى بيانه فيما يلى ، لزم أن نبين التزامات
صاحب السفلى ، ثم التزامات صاحب العلو . وتتفرع كل هذه الالتزامات
من حق القرار الثابت للعلو على السفلى .

§ ١ - التزامات صاحب السفلى

٦١٦ - **الزاماته :** يلتزم صاحب السفلى بما يأتى : (أولا) أن يقوم
بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو . (ثانيا) أن يعيد بناء السفلى
إذا أنهى .

(١) وقد اشتملت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على خلط واضح بين نظام السفلى
والعلو ونظام الطبقات المقرزة والشيوع الإجبارى (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩ -
١٠ ص ١٠ - و انظر فى انتقاد ذلك لإسماعيل غانم بقرة ١٤٩ ص ٢٤٧ هامش ١) .

٦١٧ - مونتزام المؤول - القيام بالأعمال والتميمات المؤوزة بقع

سقوط الطلو - نص قانوني : تنص المادة ٨٥٩ مدني على ما يأتي :

١ - على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والتميمات اللازمة لمنع سقوط الطلو .

٢ - فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل . ويجوز في كل حال لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة^(١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٩ مكررة من المشروع التمهيد حل وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه لس النواب تحت رقم ٩٢٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٣ - ص ١٦٤) .

ويقابل النص في التفتين المدني السابق م ٥٥/٣٤ : يجب على مالك الأسفل من طبقات الأماك ن إجراء الأفعال والممارات اللازمة لمنع سقوط العل المملوك لديه . فإذا امتنع من إجراء الممارات المختصة لحفظ الطلو المذكور ، جاز الحكم عليه ببيع ما يملكه في المكان . وعلى كل حال فلقاضي المين السواد الجزئية أن يأمر بإجراء الممارات الضرورية (وحكم التفتين المدني السابق يتفق مع حكم التفتين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التفتينات المعلقة للمرية الأخرى :

التفتين للمدني السوي م ٨١٤ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٨٦٣ (مطابق) .

التفتين المدني المراق م ١٠٨٢ : إذا كان لأحد علو ولاشر سفل ، فلصاحب العلو حق القرار في السفل ، والسقف ملك لصاحب السفل . ولصاحب العلو حق الانتفاع بسطحه انقطاعا معنأا ، ولصاحب السفل حق في الطلو يستره من الشمس ويقيه من المطر .

م ١٠٨٢ : إذا كان باب السفل والعلو واحدا ، فلكل من صاحبهما استعماله اشتراكا ، فلا يسرع أحدهما أن يمنع الآخر من الانتفاع به دخولا وغروجا .

م ١٠٨٥ - ١ - إذا أهدم السفل أو احتاج إلى ترميم ، فعل صاحبه بتأؤه أو تميته ، فإن امتنع ، وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن المحكمة ، فله أن يجوع عليه بما أنفق على المماراة بالقدو المعروف . وإن عمره بلا إذن ، فليس له الرجوع إلا بالأقل من قيمى البناء وقت المماراة أو وقت الرجوع .

٢ - ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفل من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره بإذن المحكمة ويستخلص حقه من أجرته .

(وفي التفتين المراق أحكام تفصيلية في السفل والعلو مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي)

قانون الملكية المقارية البينائي لا مقابل .

وقد قدمنا أن في نظام السفل والعلو ، يملك السفل صاحبه مفرزاً ويدخل في ذلك الأرض المقام عليها البناء كله ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ، ويدخل في ذلك أيضاً الأساسات والجدران الرئيسية والسقف ، فلا شيء من ذلك يعتبر شائعاً شيوعاً إجبارياً بينه وبين صاحب العلو كما يكون الأمر في نظام الطبقات المفروزة والشيوخ الإجبارى الذى سيأتى بيانه . ويملك العلو صاحبه مفرزاً أيضاً على النحو الذى يملك به السفل صاحبه فيما قدمناه ، فيدخل في ذلك الجدران الرئيسية والسقف والأرضية . وكل ما يصل العلو بالسفل هو أن للعلو حق القرار على السفل ، وحق القرار هذا هو الذى تستمد منه التزامات صاحب السفل نحو صاحب العلو .

وأول التزام يستمد من حق القرار هذا هو أن يقوم صاحب السفل « بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو » (م ٨٥٩ / ١ ملغى) . وترتبة على ذلك يكون على مالك السفل « إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له ، إذ أنها تعتبر ملكاً له » (م ٥٧ / ٣٦ ملغى سابق) ، وذلك منعاً لسقوط السقف فيسقط معه العلو . ولا يقتصر الأمر على صيانة السقف وترميمه ، بل يجب على صاحب السفل أيضاً صيانة جدران السفل وترميمها عند الاقتضاء ، وبالجملية صيانة جميع أجزاء السفل المملوكة له ملكية مفرزة وترميمها ، وذلك لمصلحة العلو واحتفاظاً له بحق القرار على السفل^(١) . ولكنه لا يلتزم إلا بترميم سفله ، فلا يلتزم بإجراء ترميمات في العلو نفسه لمنع سقوطه^(٢) .

إذا قصر صاحب السفل في القيام بالتزامه بحيث يترتب على تقصيره تهديد سلامة العلو ، جاز لصاحب العلو أن يلجأ إلى القضاء ليلزم صاحب السفل أن يقوم بالأعمال الضرورية في سفله لمنع العلو من السقوط . ويجوز الالتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة في ذلك ، إذا كان إجراء الترميمات أمراً عاجلاً . ويجوز في جميع الأحوال أن يستأذن صاحب العلو القضاء في أن يقوم هو بالترميمات الضرورية في السفل ، على أن يرجع بما أنفقه في ذلك.

(١) وإذا تعدد ملاك السفل ، كانوا مسئولين بالتضامن عن هذا الالتزام (استئناف غنط ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢٤ . وتكلم المحكمة عن التضامن لا التضام) .

(٢) مصر الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٣ رقم ١٤٢ ص ٣١٥ .

على صاحب السفل^(١) . ويجوز لصاحب العلو ، لاسترداد ما أنفقته من مصروفات وقياساً على ما سيجيء في المادة ٢/٨٦٠ مدني ، أن يبيع السفل في يده إذا كان قد تسلمه لترميمه ، وأن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته . ويجوز لصاحب العلو أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفل أو سكناه ، استيفاء لحقه . وليس في هذا كله إلا تطبيق للقواعد العامة .

ويجوز لصاحب العلو ، بدلاً مما تقدم ، أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفل لمن يشتريه ويرممه ، فيمنع بذلك سقوط العلو . والقاضى يبيع صاحب العلو إلى ما يطلب من ذلك ، إذا وجد مبرراً لإجابة الطلب . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٥٩ مدني في صدرها صراحة على ذلك ، إذ تقول : « فإذا امتنع (صاحب السفل) عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل » .

ويلاحظ أن التزام صاحب السفل بترميم مقله منعاً لسقوط العلو التزام حثي ، فيستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن ملكية السفل^(٢) .

٦١٨- التزام الثاني - إعادة بناء السفل إذا تهدم - نص قانوني :

تنص المادة ٨٦٠ مدني على ما يأتي :

١ - إذا تهدم البناء ، وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء مقله . فإذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه .

٢ - وفي الحالة الأخيرة ، يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته . ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفل أو سكناه ، استيفاء لحقه^(٣) .

(١) استئناف مصر ٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨ ص ١٥ - محمد علي حرفة فقرة ٣٦٠ ص ٤٨٢ - ص ٤٨٤ .

(٢) ونقول المذكورة الإيضاحية المشروع التهدي في هذا الصدد : « أما صاحب السفل طبعه أن يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو ، وهذا التزام إيجابي يستطيع التخلص منه بالتخل عن ملكية السفل كما هي القاعدة (جمعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٩ مكررة ثانياً من المشروع التهدي .

ويجب التمييز هنا بين ما إذا كان انهدام البناء بخطأ صاحب العلو أو بغير خطأه فإن كان بخطأه - رجع صاحب السفلى عليه بالتعويض الراجب ، ولم يكن ملزماً بإعادة بناء السفلى . ولكنه إذا أعاد بناءه فعلاً ، رجع لصاحب العلو حقه في القرار على السفلى بعد أن يكون قد دفع التعويض لصاحب السفلى ، ومن ثم يجوز له أن يبني علوه من جديد مستقراً على السفلى .

وإن كان انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو ، سواء كان الانهزام بخطأ صاحب السفلى أو بغير خطأه ، فإن على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله ، لأن لصاحب العلو حق القرار عليه . فيعيد صاحب العلو بناء علوه مستقراً على السفلى ، بعد أن أعاد صاحبه بناءه على ما قدمنا . ثم إذا كان هدم البناء بخطأ

على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية فقد كانت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفلى وفي استيفاء حقه من الأجرة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٣١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٩ ، وذلك بعد أن استبدلت لجنة الشؤون التشريعية عبارة « أو سكنا استيفاء لحقه » بعبارة « وفي استيفاء حقه من الأجرة » . ووافق على النص مدداً على هذا النحو مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٥ - ص ١٦٦) .

ويقابل النص في التفتين المدنى السابق المادة ٨/٣٧ ، وكانت تبيح على الوجه الآتي : « إذا سقط البناء ، يجب على مالك الطيقة السفلى تجديد بناء طيقته ، والإجاز بيع ملكه بالهككة » (والنص في مجموعه يتفق مع نص التفتين المدنى الجديد) .

ويقابل النص في التفتينات المدنية المصرية الأخرى :

التفتين المدنى السور م ٨١٥ (مطابق) .

التفتين المدنى اليسى م ٨٦٤ (مطابق) .

التفتين المدنى العراقى م ١٠٨٤ : إذا هدم صاحب السفلى سفله تديباً يجب عليه تجديد بناءه >

ويجبر على ذلك .

م ١٠٨٥ : ١ - إذا انهدم السفلى أو احتاج إلى ترميم ، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه . فإن امتنع ، وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن الهككة ، فله الرجوع عليه بما أنفقته على العبارة بالقدر المعروف . وإن عمره بلا إذن ، فليس له الرجوع إلا بالأقل من قيمته البناء وقت العبارة أو وقت الرجوع . ٢ - ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره بإذن الهككة ويستخلص حقه من أجرته . (والتفتين العراقى يرد أحكام الفقه الإسلامى ، ونصوصه في مجموعها تتفق مع نص مصر والتفتين المصرى) .

قانون الملكية المقاربية البنائى لا مقابل .

صاحب السفل ، وجب على هذا الأخير تعويض صاحب العلو عن الضرر الذي يصيبه من جراء هدم علوه ثم إعادة بنائه .

والمفروض طبعاً أن البناء يكون قد وقع بعلوه وسفله ، بأن يكون السفل قد تهدم فترتب على انهدامه انهدام العلو . أما إذا تهدم العلو وحده ، فلا شأن لصاحب السفل في انهدام العلو ، ويرجع صاحب العلو على من يكون قد تسبب في الانهدام .

وإذا كان السفل آيلاً للسقوط دون أن تهدم ، فلصاحب العلو أن يستصدر من السلطة الإدارية المختصة أمراً بهدم السفل ، ثم يطالب بإعادة بنائه على الوجه الذي قدمناه^(١) .

وإذا امتنع صاحب السفل عن إعادة بنائه في الأحوال التي يجب عليه فيها ذلك ، جاز لصاحب العلو إجباره على إعادة البناء ، ويكون ذلك بأن يختار صاحب العلو أحد أمرين . فإما أن يطلب من القاضي أن يأمر ببيع السفل على صاحبه ، ويكون ثمنه من حق صاحب السفل ، وعلى المشتري أن يعيد هو بناء السفل فإنه لم يشتره وهو منهدم إلا على هذا الشرط^(٢) . أو أن يطلب صاحب العلو من القاضي أن يأذن له في أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه . فإذا أعاد بناءه ، رجع بما أنفق على صاحب السفل . ويكون له ضمناً لاستيفاء حقه أن يجبر السفل في يده ، بل يجوز له أيضاً أن يحصل على إذن القاضي في إيجار السفل أو سكناه بأجر المثل استيفاء لحقه^(٣) .

(١) محمد علي خرفة فقرة ٣٩١ ص ٤٨٤ - إسماعيل غانم فقرة ١٦٣ ص ٣٧١ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن يكون المشتري هو صاحب العلو نفسه ، وعند ذلك يبنى السفل والعلو ويكون مالكا لهما سماً . ولكن في هذه الحالة لا يجبر على البناء ، فله أن يبيع السفل دون العلو ، وله ألا يبيع أيهما ، فهذا سقم .

(٣) وتقول الفكرة الإيضاحية الشروح التمهيد في هذا الصدد : « بل إن المشرع سار شوطاً أبعد في الأخذ بالشريعة الإسلامية في هذه المسألة الهامة ، فألزم صاحب السفل ، إذا تهدم سفله ، أن يعيد بناءه ، وإلا يبيع السفل . ويجوز لأصاحب العلو أن يعيد بناء السفل على نفقة صاحبه ، وله أن يمنع صاحب السفل من سكناه والانتفاع به حتى يوفيه سقمه ، وله أن يجبره بإذن القاضي ويستخلص حقه من أجرته . . . م ٦٧ مرشد الحيران » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٨) .

وقد قضى في عهد التتبعين المدني السابق بأنه إذا امتنع مالك السفل الذي تهدم أن يعيد بناءه ، جاز للمحكمة بحسب الظروف إما أن تحكم ببيع ملكه (٣٧ م مدني قديم) ، أو أن تأذن لمالك العلو ببناء السفل على نفقة مالك السفل (١١٧ م مدني قديم) . وعلى أ حال لا يجوز الحكم على مالك السفل بدفع تعويض (استئناف وطني ٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨ =

§ ٢ - التزامات صاحب العلو

٦١٩ - نص قانوني : تنص المادة ٨٦١ مدني على ما يأتي :

« لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل » (١)،
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٥/٥٦٧ م.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٨١٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٦٥ - وفي التقنين المدني العراقي

م ١٠٨٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢).

(ص ١٥) . وقضى أيضاً بأن مالك العلو له الحق، في حالة سقوط بناء السفلى وتجديده ، أن يطلب إبقاء ارتفاع البناء الجديد كما كان قبل السقوط إذا كانت له مصلحة في ذلك (استئناف وطني ٧ أبريل سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٠٨ ص ١٦٠) . وقضى أيضاً بأنه إذا سقط العلو ، وكانت حوائط السفلى بحالة يمكن معها تحمل إعادة بناء العلو ، إلا أن مصلحة التنظيم منعت صاحب العلو من إقامة علوه مراعاة لحظ التنظيم ، ورفضت دعوى عل صاحب السفلى تطالبه بإزالة السفلى ، ولكن المحكمة قضت لمصلحة صاحب السفلى لأن سفله كان بحالة جيدة ، فليس لصاحب العلو أن يلزم صاحب السفلى بدم سفله وإعادة بنائه على خط التنظيم ليشكل هو من إعادة بناء علوه (استئناف وطني ٢٧ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٤٤ ص ٩١) . وقضى بأن قصد الشارع من تكليف صاحب السفلى بتجديده بنائه هو جعل ذلك البناء صالحاً لحمل العلو بالحالة التي كان عليها قبل السقوط ، دون تغيير أو زيادة فيها . فلا يجوز لصاحب ركوب مكون من دور أن يطلب من صاحب السفلى أن يحدد له بناء يقي على تحمل ثلاث أو أربع طبقات (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ١٦٥ ص ٣١٢) . وقضت محكمة مصر مع ذلك بأنه لا يلزم صاحب السفلى بإصلاح سفله ليشكل صاحب العلو من البناء عليه أو ترميم مبانيه ، وإنما يجوز بيع السفلى جبراً على صاحبه (مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ الحاماة ١٣ رقم ١٤٢ ص ٣١٥) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦١ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١٦٧ - ص ١٦٨) .

(٢) التقنين المدني السابق : ٣٥ / ٥٦ : لا يجوز لصاحب العلو من الأماكن أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالبناء الأسفل . (والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٥ (مطابق) .

٦٢٠ - عزم الارتقاء بالبناء أو زيادة العبء بحيث يضر بالسفل :
والالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق صاحب العلو هو أنه : لما كان له حق
القرار على السفلى ، لا يجوز أن يزيد في عبء هذا الحق .

ويترتب على ذلك ، أولاً ، أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يبني طابقاً
فوق علوه إذا جرم عن ذلك ضرر لصاحب السفلى . ولما كان العلو مملوكاً ملكية
مفردة لصاحبه كما قدمنا ، فيملك هذا الجيطان الرئيسية والسقف والسطح
وغير ذلك من أجزاء العلو ، فإنه يحق له أن يبني فوق سطحه طابقاً جديداً
بالعلو الذي يختاره مع مراعاة أمرين : (١) أن يكون العبء من بناء الطابق
الجديد لا يضر بالسفل وأن تتحمله أساسات البناء كما سبق القول : (٢) ألا يكون
في بنائه للطابق الجديد مخالفة للوائح البناء ونظمه .

ويترتب على ذلك ، ثانياً ، أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع
علوه - دون أن يبني طابقاً جديداً - إذا كانت الزيادة في الارتفاع تضر
بالسفل . فإن لم تكن تضر به ، وتتحملها أساسات البناء ، وتتفق مع لوائح
البناء ونظمه ، جاز له ذلك .

وليس له بوجه عام أن يأتي بعمل يكون من شأنه أن يزيد في عبء
العلو (م ٦٨ من مرشد الحيران) .

ويجب ، فوق ذلك ، على صاحب العلو صيانة أرضية علوه من بلاط
والأواح ، حتى لا يتأثر سقف السفلى من الإهمال في هذه الصيانة . وكانت المادة
٥٧/٣٦ من التقنين الملحق السابق ، كما رأينا (١) ، تنص صراحة على ذلك إذ
تقول : « ... وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح ،
وعليه أيضاً لإجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذي لا ينتفع به

= التقنين الملحق العراقي م ١٠٨٦ : ١ - لا يجوز للعلو أن يبني بناء جديداً ، ولا أن يزيد
في ارتفاعه ، بغير إذن صاحب السفلى ، إلا إذا كان ذلك لا يضر بالسفل فله أن يقوم به بغير
إذن . ٢ - ولا يجوز للسفل أن يحدث فيه ما يضر بالعلو ، وإذا أهدم السفل وأعاد
صاحبه ، جاز له أن يزيد في ارتفاعه بما لا يضر صاحب العلو ، مع مراعاة القوانين الخاصة
بالبناء . (وهذه الأحكام تنطبق في - معاً مع أحكام التقنين المصري) .
قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) انظر ألفا فقرة ٦١٣ .

صاحب الطبقة السفلى « . أما صيانة قاعدة أرضية العلو ، وهى سقف السفل ، فعلى صاحب السفل ، وتنص على ذلك صراحة نفس المادة ٥٧/٣٦ ، كما رأينا^(١) ، إذ تقول : « على مالك الطبقة السفلى لإجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له . إذ أنها تعتبر ملكا له »^(٢) .

المبحث الثانى

الطبقات المفروزة والشيوع الإجبارى

٦٢١ — **مأثله** : فى التصوير الجليلد لملكية الطبقات : وهو التصوير الذى نقله التقنين الملبنى عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ ، قدمنا^(٣) أن البناء يتكون من أجزاء مفروزة هى الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك يستقل بها ، ومن أجزاء شائعة شيوعا إجباريا وهى كل أجزاء البناء الأخرى المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع .
فنبحث : (أولا) الأجزاء المفروزة والأجزاء الشائعة . (ثانيا) إدارة الأجزاء الشائعة عن طريق اتحاد ملاك الطبقات .

المطلب الأول

الأجزاء المفروزة والأجزاء الشائعة

٦٢٢ — **نص قانونى** : تنص المادة ٨٥٦ ملبنى على ما يأتى :
١ — إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع : وبوجه خاص الأسامات والحديران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع

(١) انظر آنفا فقرة ٦١٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦١٧ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦١٤ .

الأتابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه .

٢ - وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه .

٣ - والحوافز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، إذ كان هذا التقنين لا يعرف إلا نظام السفلى والعلو .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى .
السورى م ٨١١ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٦٠ - وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل - وفى قانون الملكية العقارية الليبانى لا مقابل (٢) .

ويبين من النص صالف الذكر أن فى الدار المملوكة الطبقات أو الشقق .
لملاك مختلفين أجزاء مفردة كل جزء منها يملكه أحد هؤلاء الملاك مستقلا ،
وأجزاء شائعة شيوعا دائما بين هؤلاء الملاك جميعا .

٦٢٣ - الأجزاء المفردة : والأجزاء المفردة فى البناء متعدد الطبقات
هى عادة الطبقات والشقق التى ينقسم إليها البناء ، فكل طبقة أو شقة فى البناء
تكون مملوكة ملكية مستقلة لأحد الأشخاص . وتشمل الطبقة أو الشقة كل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٧ من المشروع النهيى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع ورود لفظ « السلم » ضمن الأجزاء المشتركة فى المشروع النهيى . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٧ فى المشروع النهيى ، وحذف لفظ « السلم » دون سبب ظاهر . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٢٥ فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٦ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١٥٥ - ص ١٥٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨١١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية الليبانى لا مقابل .

ما تحتويه مما هو معد للاستعمال الخاص بالمالك ، فتشمل ما يوجد داخل الطبة أو الشقة من حواجز فاصلة بين الحجرات ، وما يوجد فيها من أنابيب الماء والغاز وأسلاك الكهرباء والأدوات الصحية وغيرها من الأدوات المثبتة ، وكذلك الباب الخارجى والأبواب الأخرى والنوافذ والشرقات . أما الجدران الرئيسية والأرضية والسقف ، فهذه كلها من الأجزاء الشائعة كما سرى ، ولكن البلاط والأخشاب التى تكسو الأرضية والسقف والجدران هى ملك خالص للمالك الطبة أو الشقة .

ولمالك الطبة أو الشقة ما للمالك من حقوق . فله أن يستعمل طبقته أو شقته ، فيسكنها بنفسه أو يسكنها أحدا من ذويه . وله أن يستغلها ، فوئجرها لغيره . وله أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من أنواع التصرفات . وله أن يشارك فيها غيره على الشيوع فتكون مملوكة على الشيوع لشخصين أو أكثر ، وذلك ما لم يتفق المالك على منع التجزئة ، فيكون لكل طبقة أو شقة مالك واحد منعا من تكاثر الملاك وانخفاض قيمة الدار تبعا لذلك ،

ويجب على المالك ألا يغلو فى استعمال حق ملكه فيضر بجيرانه سواه من ألصق الجيران إذ هم الساكنون معه فى نفس الدار - ضرراً غير مألوف . وعلى ذلك لا يجوز له أن يقوم بأى عمل فى الطبة أو الشقة يكون من شأنه أن يوهن البناء أو يضعف من متانته . وعليه أن يقوم بصيانة ما يكسو أرضية طبقته أو شقته وسقفها من بلاط وأخشاب ، حتى لا تتأثر قواعد الأرضيات والسقوف . وهى ملك شائع من التقصير والإهمال فى الصيانة .

٦٢٤ - **الأجزاء الشائعة** : وتعتبر أجزاء شائعة ، طبقا لنص المادة ١/٨٥٦ مدنى ، « أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع » . فيدخل إذن ضمن الأجزاء الشائعة ما ذكرته المادة ١/٨٥٦ مدنى ، لا على سبيل الحصر ، من أرض أقيم عليها البناء ، ومن أساسات وجدران رئيسية ومداخل وأفنية وأسطح ومصاعد وممرات ودهاليز ، وقواعد الأرضيات والأسقف ، وأنابيب المياه والغاز وأسلاك الكهرباء إلا ما كان من ذلك داخل الطبة أو

الشقة كما رأينا^(١). وقد أغفل نص المادة ١/٨٥٦ مدنى ذكر السلم بين الأجزاء الشائعة ، مع أنه كان وارداً في المشروع التمهيدى للنص^(٢). والظاهر أن هذا الإغفال جاء سهواً لا قصداً ، فبدخل السلم أيضاً بين الأجزاء الشائعة إذ هو من أهم هذه الأجزاء ، وقد قلّمنا أن تعداد النص الأجزاء الشائعة لم يجر على سبيل الحصر^(٣). وبدخل أيضاً ضمن الأجزاء الشائعة ، غير السلم مما هو ليس مذكوراً في النص ، غرفة البواب ومحل سكنه ، والحديقة أو الحدائق المشتركة ، وأعلى المداخل . وبالحملة كل ما كان معداً للاستعمال المشترك بين الجميع .

على أن الأصل أن تحدد سندات الملك الأجزاء الشائعة والأجزاء المفروزة في البناء ، وتشتمل على تقدير لقيمة الأجزاء المفروزة للاستعانة بها عند توزيع النفقات والتكاليف على الملاك المتعدين ، وعند تحديد حصة كل مالك في الأجزاء الشائعة . فيجوز أن يذكر الملاك في سندات الملك أجزاء أخرى غير التي ذكرها القانون على أنها أجزاء شائعة . كما يجوز أن يستبدلوا من الشيوخ ما ذكر القانون أنه شائع . فالعبرة أولاً بسندات الملك ، ويجيء بعد ذلك ما نص عليه القانون .

وقد أضافت الفقرة ٣ من المادة ٨٥٦ مدنى ، كما رأينا^(٤) ، أن « الخواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين » ، فهو إذن لا تكون شائعة بين الجميع . ويقاس على ذلك ما كان خاصاً ببعض الشقق دون بعض ، كباب أو دهليز خاص بشقتين دون غيرها من الشقق .

٦٢٥ — حقوق الملاك في الأجزاء الشائعة — نص قانونى : والأجزاء المشتركة التي تقدم ببيانها تعتبر مملوكة ملكية شائعة لجميع ملاك الطبقات والشقق . والشيوخ هنا إجبارى دائم لا يقبل القسمة ، وحصة كل مالك في هذه الأجزاء تكون بنسبة قيمة الجزء المفروز الذى له في الدار . وليس له أن يتصرف في هذه

(١) انظر آلفا ٢٢٣ هـ .

(٢) انظر آلفا ٢٢٢ هـ من ١٠١٨ هـ م .

(٣) قارن محمد على عرفة ٢٥٥ هـ من ٢٢٥ هـ .

(٤) انظر آلفا ٢٢٢ هـ .

لحصة تصرفا مستقلا عن التصرف في الجزء المفروز الذي يملكه ، إذ أن الحصة في الأجزاء الشائعة تابعة تبعية مطلقة للجزء المفروز الذي يملكه المالك ، وقد أعدت إعدادا كاملا لحلقة هذا الجزء . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ مدني ، كما رأينا (١) ، « وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار ، وليس للمالك أن يتصرف في نصيبه هنا مستقلا عن الجزء الذي يملكه » .

والعبرة في تقدير قيمة الجزء المفروز الذي يملكه المالك — وهذه القيمة تحدد حصته في الأجزاء الشائعة كما رأينا وكذلك نصيبه في التكاليف المشتركة كما سنرى (٢) — بوقت إنشاء الدار ، وتذكر عادة هذه القيمة في سند التملك ومن ثم لا تتغير القيمة بما يضي من الزمن من وقت إنشاء الدار ، وما يستتبع ذلك من استهلاك البناء . ولا تتغير بالتغيرات الخارجية كإنشاء شارع أمام جانب من جوانب الدار أو إلغاء حديقة كانت أمام جانب آخر ، أو بالتغيرات الداخلية كتحصين المالك لشقته أو لطبقة من الداخل . بل تبقى القيمة ثابتة كما كانت وقت إنشاء الدار كما قدمنا (٣) .

أما فيما يتعلق باستعمال كل مالك للأجزاء الشائعة في سبيل الانتفاع بالجزء المفروز الذي يملكه ، فتنص المادة ٨٥٧ مدني على ما يأتي :

« ١ — كل مالك ، في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه في الدار ، حر في أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيها أعدت له ، على ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم » .

« ٢ — ولا يجوز إحداث أي تعديل في الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع المالكين حتى عند تجديد البناء ، إلا إذا كان التعديل الذي يقوم به أحد

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٢ .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٦٢٦ .

(٣) انظر في الخلاف في هذه المسألة لإسحاق غانم فقرة ١٥٣ — وانظر في الاعتداد بالتغيرات الخارجية دون الداخلية السيد حل المفازي فقرة ١٨ ص ٣٤ وقرة ٣٢ ص ٦٤ — ص ٦٥ — عهد المنعم البدراني فقرة ١٧٧ ص ٢١٤ وقرة ١٨١ ص ٢١٧ — وانظر في الاعتداد بالتغيرات الخارجية والداخلية ممّا محمد حل عرفة فقرة ٣٥٧ ص ٤٧٩ — ص ٤٨٠ — وانظر في علم الاعتداد بأية تغييرات خارجية كانت أو داخلية لإسحاق غانم فقرة ١٥٣ ص ٢٥٦ — ص ٣٥٧ .

الملاك على نفقته الخاصة من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء ، دون أن يغير من تخصيصها ، أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين^(١) .

ويتبين من هذا النص أن كل مالك من ملاك الطبقات والشقق له أن يستعمل الأجزاء الشائعة فيها خصصت له ، وعلى الوجه الذى لا يضر بالدار ، ولا يحول دون استعمال باقى الملاك لهذه الأجزاء الشائعة نفسها . فله أن يدخل من الباب العام للبناء فى أى وقت ، وأن يستعمل السلم أو المصعد للوصول إلى طبقته أو شقته ، وأن يوصل أنابيبه ومواسيره الداخلية بالأنابيب والمواسير المشتركة للدار فى الماء والغاز والكهرباء ، وأن يحفر داخل الجدار الرئيسية دواليب ومدائن لاستعماله الخاص ، وأن يضع فى هذه الجدران أنابيبه ومواسيره الخاصة . ويجوز لمالك الطبقة السفلى من الدار أن يفتح بابا فى الجدار الرئيسى أو أن يحول نافذة إلى باب ، على شرط ألا يخل ذلك بمقتضى البناء ولا بمظهره الخارجى^(٢) . ولكن لا يجوز لمالك الطبقة السفلى أن يحفر مراديب تحت الأرض أو آبارا ، ولا يجوز لمالك الطابق الأعلى أن يبني طابقا جديداً فوق طابقه فإن جدران طابقه الرئيسية وسقفه معتبرة ضمن الأجزاء الشائعة كما قدمنا ، وهذه بخلاف صاحب العلو فقد رأيناه يستطيع أن يبني فوق حوله بناء جديداً إذا كان ذلك لا يضر بالسفل^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٨ فى المشروع الثانى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٦ ، فاجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٨ - ص ١٦٠) .

ولا مقابل النص فى التفتين المدنى السابق .

ويقابل فى التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدنى السورى م ٨١٢ (مطابق) .

التفتين المدنى الليبى م ٨٦١ (مطابق) .

التفتين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقارية الليبانى لا مقابل .

(٢) تقضى فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٣٩ - ١ - ٦٠١ .

(٣) انظر آلفا فقرة ٦٢٠ .

ولا يجوز للمالك الطبقة أو الشقة إدخال أى تعديل فى الأجزاء الشائنة للدار
بغير موافقة سائر الملاك^(١). وإنما يجوز له ، بغير موافقة الملاك ، إدخال
تعديلات يكون من شأنها تبسيط استعمال الجزء الشائع دون تغيير فى تخصيصه
ودون إلحاق ضرر بالملاك الآخرين ، كأن يوسع السلم أو يحول المصعد إلى
مكان أليق ، بشرط أن يكون ذلك على نفقته الخاصة^(٢)

٦٢٦ - **تأليف الأجزاء الشائنة** - نص قانونى : تنص المادة ٨٥٨
على ما يأتى :

١٥ - على كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة

- (١) ولكن إذا تكرر اتحاد الملاك الطبقات والشقق - كما سيىء - فإنه يجوز لهذا الاتحاد ،
بالأغلبية العادية ، أن يقرر إدخال أى تعديل فى الأجزاء الشائنة . وكذلك يجوز ، دون تكوين
اتحاد للملاك ، وطبقاً للقواعد المقررة فى إدارة الشروع العادى ، الشركاء الذين يملكون حل الأقل
ثلاثة أرباع الأجزاء الشائنة أن يقرروا إدخال تعديلات تخرج عن حدود الإدارة المعتادة ،
وللأغلبية حق التظلم أمام المحكمة (م ٨٢٩ مدنى) - انظر فى هذا المعنى إسحاق غانم فقه ١٥٤
ص ٣٥٩ هامش ١ - وقارن السيد حل المازى بقرة ٧١ ص ١٢٢ .
(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٩ -
ص ١٦٠ .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن تصوير ملكية الطبقات على أنها ملكية أجزاء من زة تنبها
ملكىة أجزاء شائنة تصوير ناقص ، إذ أن هذا من شأنه أن يدمم اتصال أجزاء البناء المقررة
بعضها ببعض ككل لا يتجزأ فى بناء واحد . والأولى أن يقال إن ملك الطبقات يملكون البناء كله
شائناً ، على أن يكون لكل منهم منفرداً حق استعمال الطبقة أو الشقة التى تخصه ، ثم يستعمل مع
غيره من الملاك سائر الأجزاء الشائنة (Hébraud ص ٢٥ وما بعدها - Chevallier ص ٧٩ -
Azoulay رسالة من باريس سنة ١٩٥٦ - Mazaud ٢ بقرة ١٣٢٦ ص ١٠٨٣) .
وهذا التصوير يؤدي إلى القول بأن الطبقات أو الشقق تكون شائنة بين الملاك ، وإنما تقسم بينهم
قصة أقرب إلى أن تكون قصة مهابة مكانية ، لكل منهم الطبقة أو الشقة التى تخصه ، ولكن
المهابة المكانية هنا تكون مهابة دائمة .

على أن هذا التصوير لم يسه فى القضاء الفرنسى ، وتتمسك محكمة النقض الدنية بالتصوير
للمأوف من أن لكل مالك طبقة أو شقة . ملكها وحده ملكية من زة مستقلة ، ويشارك بمد ذلك
بحصته الشائنة فى الأجزاء المشتركة (نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٥ جازيت دى باليه
١٩٥٦ - ١ - ٥٢ - وانظر أيضاً كاريونيه ص ٢٠٠ - سارتى ورينو بقرة ٢٤٠ ص ٢٤٩ -
ص ٢٥٠) - وانظر فى تطور الفقه الفرنسى فى طبيعة ملكية الطبقات مارتن ورينو بقرة ٢٤٠ .
وانظر فى جواز إجبار المالكين فى الشروع لبناء على أن يقسموه فيما بينهم طبقات مارتن ورينو

وصيانتها وإدارتها وتجديدها ، ويكون نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار مالم يوجد اتفاق على غير ذلك .
 ٢ - ولا يجوز للمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكاليف المتقدمة الذكر^(١) .

ويؤخذ من هذا النص أن تكاليف حفظ الأجزاء الشائعة وصيانتها وإدارتها وتجديدها عند الاقتضاء يساهم فيها جميع الملاك ، لأهم جميعا ينتفعون بالأجزاء الشائعة ، أو هي في القليل معدة لانتفاعهم بها . ويدخل في ذلك تكاليف ترميم الأجزاء الشائعة إذا احتاجت إلى ترميم ، وإصلاح المصعد ، ومصرفات الصيانة العادية من كنس ورش ، ونفقات تجديد ما يجب تجديده من هذه الأجزاء الشائعة كتجديد الباب العام للدور أو الآلة الرافعة للمياه ونحو ذلك . وتدخل أيضا تكاليف المياه والكهرباء ، ومصرفات صيانة المصعد والسلم ، وأبواب

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين الملقى الجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المشروع تمهيد كانت تجري كما يأتي : « هذا إذا لم تعرض سندات الملك لشيء من ذلك ، أو إذا تناقشت هذه السندات بعضها مع البعض الآخر » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٩ في المشروع النهائي ، بعد استبدال العبارة الآتية « مالم يوجد اتفاق على غير ذلك » بالعبارة الأخيرة من الفقرة الأولى . ووافق لمس النواب على النص تحت رقم ٩٢٧ ، فجلس الشيخ تحت رقم ٨٥٨ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦١ - ص ١٦٣) .

ولا مقابل للنص في التفتين الملقى السابق .

ويقابل النص في التفتينات الملنية العربية الأخرى :

التفتين الملقى السور م ٨١٣ (مطابق) .

التفتين الملقى القبيى م ٨٦٢ (مطابق) .

التفتين الملقى للعراق لا مقابل .

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٧٢ : إذا كانت طوابق بيت تخص مالكين مختلفين ، فإن التصليحات والتجديدات في البناء تكون خاضعة للأحكام التالية ، مالم يكن هناك شروط مخالفة مذكورة في سندات الملكية : كلفة الجدران الفخمة والسقوف هي على عاتق جميع أصحاب العقار ، كل واحد بنسبة الطابق الذي يملكه . على صاحب كل طابق كلفة أرض الطابق التي يبنى عليها . على صاحب الطابق الأول كلفة الدرج المؤدى إلى ذلك الطابق ، وعلى صاحب الطابق الثاني كلفة الدرج الذي يؤدي إليه ابتداء من الطابق الأول وحلم جرا . (والتفتين اللبناني استقر هذا النص من لفظته ٦٦٤ مدني فرنسي) .

الأشخاص الموكلين بتمهيد هذه الأجزاء الشائعة وبخاصة أجرة البواب ، والعوائد التي تجبها البلدية ، والضرائب المفروضة ، وأقساط التأمين على الأجزاء الشائعة . ومساهمة كل مالك في هذه التكاليف تكون بنسبة قيمة طبقته أو شقته ، كما هي مقدرة وقت إنشاء الدار كما سبق القول (١) .

وإذا كان المالك ملزما بالمساهمة في هذه التكاليف التزاما عينيا ، إلا أنه مع ذلك لا يستطيع التخلص من هذا الالتزام عن طريق التخلي عن ملكية حصته في الأجزاء الشائعة ، بل هو لا يستطيع التخلص إلا إذا تخلى عن ملكية طبقته أو شقته نفسها بما يتبعها من حصة في الأجزاء الشائعة . والسبب في ذلك أنه إذا اقتصر على التخلي عن ملكية الحصة الشائعة ، فإنه في الغالب من الأحوال يستمر مستعملا للأجزاء الشائعة كما كان الأمر قبل التخلي ، فهو لا يبد منتفع بالباب للدخول ، والسلم للصعود ، وبالجلدران الرئيسية والأسقف والأرضيات وما إلى ذلك . وحتى لو استطاع أن يمتنع عن الانتفاع ببعض الأجزاء الشائعة كالمصعد والحديقة ، فإنه بصعب عمليا مع ذلك حساب نصيبه ، فينجم عن التخلي منازعات لا تنتهى .

كذلك يستوى في المساهمة في هذه التكاليف أن ينتفع المالك فعلا بالأجزاء الشائعة أو لا ينتفع ، فهي معدلة لانتفاعه في جميع الأحوال . ويستوى أن يكون انتفاعه بها بالمقدار الذى يساهم به في التكاليف ، فصاحب الطيقة العليا إذا كانت قيمتها قليلة ينتفع بالمصعد أو السلم أكثر مما ينتفع به صاحب الطيقة الأدنى ذات القيمة الكبيرة ، ومع ذلك يساهم بنسبة أقل (٢) .

٦٢٧ - إدارة الأجزاء الشائعة : ولما كانت الأجزاء المشتركة شائعة بين جميع ملاك الطبقات والشقق كما قلنا ، فإن إدارتها تتبع فيها القواعد التي تقدم ذكرها في إدارة المال الشائع .
فقد يتفق الملاك على وكيل عنهم لإدارتها ، وغالبا يكون الوكيل هو بواب العمارة . وقد يقوم أحد الملاك بالإدارة فعلا ، فتثبت له الوكالة الضمنية إذا سكت بقية الملاك مرتضين إدارته .

(١) انظر ألفا فقرة ٦٢٥ .

(٢) انظر المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٢ .

وإذا لم يكن هناك وكيل : فالإدارة العادية تكي فيها أغلبية الملاك على أساس قيمة الطبقات والشقق التي يملكونها . ولهذه الأغلبية أن تعين مديراً ، وأن تضع نظاماً لإدارة الأجزاء الشائعة والانتفاع بها (م ٨٢٨ مدني) . أما الإدارة غير العادية ، فلا بد فيها من أغلبية خاصة هي أغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة ، وللأقلية أن تتظلم من قرارات هذه الأغلبية إلى القضاء (م ٨٢٩ مدني) . وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام في إدارة المال الشائع .

ولكن الشروع هنا شروع دائم إجباري ، ولا يجوز فيه طلب القسمة كما سبق القول ، في حين أن الشروع العادي شروع مؤقت يجوز فيه طلب القسمة فتضع القسمة حداً لمناصب الإدارة المشتركة . لذلك كفّل القانون لملاك الطبقات والشقق ، وهم لا يستطيعون طلب قسمة الأجزاء الشائعة ، أن يكوّنوا اتحاداً منهم لإدارتها ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

المطلب الثاني

إدارة الأجزاء الشائعة عن طريق تكوين اتحاد

٦٢٨ - نص قانوني : تنص المادة ٨٦٢ مدني على ما يأتي :

- ١ - حينما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات وشقق ... جاز للملاك أن يكوّنوا اتحاداً فيما بينهم .
- ٢ - ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشروعات لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها ^(١) .
- ولا مقابل للنص في التفتين المدني السابق .
- ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري .

(١) تاريخ النص : و هذا النص في المادة ١٢٣١ من المشروع التمهيدي عل وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، فيها علما بعض خلاف لفتن طفيف ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٣ في المشروع النهائي ، بعد تمايلات لفظية طفيفة . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٩ - ص ١٧٠) .

م ٨١٧ - وفي التفتين المدني الليبي م ٨٦٦ . وفي التفتين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

ويتبين من هذا النص أن ملاك طبقات البناء وشققها يجوز لهم أن يكونوا فيما بينهم اتحادا لإدارة الأجزاء الشائعة في البناء ، وذلك إذا رغبوا في الانتفاع بما يكون للاتحاد في إدارة الأجزاء الشائعة من مداخل أوسع وتيسيرات أكثر مما يكون عليه الأمر لو أنهم اقتصروا على تطبيق القواعد التي سبق تقريرها في إدارة المال الشائع .

ويجب ، لتكوين هذا الاتحاد ، إجماع الملاك على تكوينه (٢) ، إذ أن سلطاته أوسع من سلطات المدير العادي للمال الشائع كما سبق القول . ويكون جميع الملاك أعضاء في الاتحاد ، ماداموا قد أجمعوا على إنشائه . وليس من الضروري أن يتكون هذا الاتحاد بعد إنشاء البناء ، بل يجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد هو بالذات الحصول على بناء متعدد الطبقات والشقق ، يبيته الاتحاد أو يشتريه ، ثم يوزع طبقاته وشققه على الأعضاء . وفي هذا تشجيع كبير على الإكثار من ملكية الطبقات ، أشد ما تكون الحاجة إليها في وقت اشتدت فيه أزمة المساكن عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية ، وعلى أثر تزايد السكان تزايداً مضطرباً سريعاً .

(١) التفتينات المملوكة العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٨١٧ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٨٦٦ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) فإتحاد الملاك في القانون المصري جواز لا إجباري ، بل يجب في تكوينه إجماع ملاك الطبقات والشقق . أما في القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ ، فاجتماع ملاك

ملاك الطبقات والشقق في اتحاد (syndicat) إجباري ، ويتم بحكم القانون . ذلك أن إدارة المال الشائع في القانون الفرنسي ، في الشيوع المادي ، لا بد فيه من الإجماع ، وهذا النظام يتصلب تطبيقه في الأجزاء الشائعة البناء الواحد . ومن ثم جعل القانون الفرنسي اجتماع الملاك في اتحاد أمراً إجبارياً في حين أن القانون المصري قد نظم للشيوع المادي تنظيمًا يكفل للأغلبية حق الإدارة ، فلم تكن هناك ضرورة ملحة - كما وجدت في القانون الفرنسي - إلى جعل اتحاد الملاك إجبارياً (انظر إسماعيل غانم فقرة ١٥٤ ص ٣٥٨ هامش ٣ - وقارن محمد علي عرفة فقرة ٣٦٣ ص ٤٨٨) ..

ونتكلم أولاً في اتحاد الملاك ، ثم في مأمور اتحاد الملاك .

§ ١ - اتحاد الملاك

٦٢٩ - اتحاد الملاك يعتبر جمعية لها شخصية معنوية : الواضح أن اتحاد الملاك هو جمعية من جميع ملاك الطبقات والشقق في البناء الواحد ، وقد تكونت لغرض غير الحصول على ربح مادي ، وهذا الغرض هو إدارة الأجزاء الشائعة في البناء لمصلحة جميع الأعضاء (١) .

ويتمتع اتحاد الملاك بالشخصية المعنوية ، شأنه في ذلك شأن أية جمعية ه يدل على ذلك بوجه خاص أنه يتعامل في الحياة المدنية باعتباره شخصاً ، فكل قرض يمنحه لأحد الملاك الشركاء لتمكينه من القيام بالتزامه يكون مضموناً بحق امتياز لمصلحة الاتحاد (باعتباره شخصاً معنوياً) على الجزء المقرض الذي يملكه الشريك وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار (م ٨٦٩ مدني) . ويدل على ذلك أيضاً أن الاتحاد يقاضي ويقاضى ، ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمته الملاك الشركاء إذا اقتضى الأمر (م ٨٦٦ / ٣ مدني) .

فلاتحاد الملاك إذن شخصية معنوية مستقلة عن شخصية ملاك الطبقات والشقق ، وتبعاً لذلك تكون له ذمة مالية مستقلة .

ولكن لاتحاد الملاك تنظيم خاص به يختلف عن تنظيم الجمعيات بوجه عام ، فلا يشترط أن يكون للاتحاد نظام مكتوب كما يشترط ذلك في الجمعية ، ولا أن يكون للاتحاد مجلس إدارة ويكفي أن يكون له مأمور كما سنرى ، وتتخذ قرارات الاتحاد بأغلبية الملاك جميعاً من حضر ومن لم يحضر وفي الجمعية بأغلبية الأعضاء الحاضرين . وإذا تألف اتحاد لتشييد أو لشراء بناء ذى طبقات وشقق متعددة وتوزيعها على أعضائه ، فإن هذا الاتحاد يتخذ في أول الأمر صورة الجمعية ، وهو في الغالب يتخذ صورة الجمعية التعاونية حتى يستفيد من المزايا التي تمنحها اللوالة لهذا النوع من الجمعيات (٢) .

(١) انظر المادة الأولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الخيرية (قانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦) . وانظر إسماعيل غانم فقرة ١٥٥ .

(٢) إسماعيل غانم فقرة ١٥٥ ص ٣٦٠ هامش ٣ - جابر جاد عبد الرحمن في اقتصاديات =

وإذا كان لاتحاد الملاك شخصية معنوية وذمة مالية ، فإنه مع ذلك لا يعتبر مالكا للبناء ، بل ملاك البناء بأكمله هم أصحاب الطبقات والشقق ، يملكون بعض البناء مفرزاً وبعضه شائعاً على التفصيل الذي قلّمناه (١) . والاتحاد له ماله الخاص ، ويتكون في الغالب من الاشتراكات التي قد يلزم الأعضاء بدفعها ، ومن المال الذي يجمعه من الأعضاء للإتفاق منه على إدارة الأجزاء الشائعة ، ومن القروض التي قد يحصل عليها لإقراض الأعضاء .

٦٣٠ - وضع نظام لإدارة الأجزاء الشائعة - نص قانوني : تنص

المادة ٨٦٣ مدني على ما يأتي :

« للاتحاد أن يضع ، بموافقة جميع الأعضاء ، نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته (٢) » .

ويؤخذ من هذا النص أن الاتحاد بالخيار ، إما أن يضع لائحة تنظيمية يسير عليها في تمكين الأعضاء من الانتفاع بالأجزاء الشائعة من البناء وفي حسن إدارة هذه الأجزاء الشائعة ، أو ألا يضع لائحة ما ويكتفي باتخاذ القرارات الفردية اللازمة لإدارة الأجزاء الشائعة .

١ - تصاون جزء أول في البنيان الصادر سنة ١٩٥٦ فقرة ١٠ ص ١٢٣ - ص ١٢٤ - حلى مراد في تصاون من للتأحين الملغية والتشريعية سنة ١٩٦١ فقرة ٥٨ ص ١٠١ - ص ١١٢ .

(١) انظر أحكاماً فقرة ٦٢٣ - فقرة ٦٢٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« يجب زلقابة أن تضع لائحة تكفل حسن الانتفاع بالعقار المشترك وتقرر قواعد لإدارته المشتركة ، بشرط أن يوافق جميع الأعضاء على هذه اللائحة . ٢ - ولا تكون اللائحة ملزمة خلف خاص لأحد أعضاء القابة إلا بعد تسجيلها » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٤ في المشروع النهائي ، بعد حذف الفقرة الثانية وإدخال تعديلات لفظية في الفقرة الأولى ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدف المجدد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٢ ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧١ - ص ١٧٢) .

ولا مقابل للنص في التفتين المدف السابق .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدف السوري م ٨١٨ (مطابق) .

التفتين المدف الليبي م ٨٦٧ (مطابق) .

التفتين المدف العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وهو إذا وضع لائحة ، فإنه يعتمد بها ولا يستطيع أن ينحرف عنها . لذلك أوجب المشرع أن تكون هذه اللائحة « بموافقة جميع الأعضاء » ، فلا يجوز تعديلها إذن إلا بموافقة جميع الأعضاء أيضاً . وهذا يكفل استقرار العمل في الاتحاد ، ويجعل سير الإدارة موطداً منتظماً على هدى من قواعد مقررّة ونظام موضوع . ولو جعلت الأغلبية تكن في هذه اللائحة ، لاختلطت القرارات التنظيمية بالقرارات الفردية ، ولكفت الأغلبية في اتخاذ القرارات الفردية وفي تعديل اللائحة نفسها . ولترتب على ذلك أنه يمكن تعديل اللائحة بنفس الأغلبية التي يمكن بها اتخاذ القرارات الفردية ، فلا تصبح اللائحة قيمة في استقرار الإدارة . إذ يكفي عند ذلك ، إذا بدا للأغلبية اتخاذ قرار فردي مخالف لللائحة التنظيمية . أن تبدأ هذه الأغلبية بتعديل اللائحة ، ثم تتخذ القرار الفردي الذي تريده بعد هذا التعديل .

وقد يعترض على ذلك بأنه في إدارة المال الشائع العادي ، تكني الأغلبية لوضع نظام للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع (م ٢/٨٢٨ مدني) ، فكيف يطلب الإجماع في وضع لائحة لإدارة الأجزاء الشائعة للبناء ذى الطبقات المتعددة (١) ؟ ولكن يلاحظ أن الاختصار على مجرد الأغلبية في وضع لائحة لإدارة الشيوع العادي ، إنما روعي فيه أن المقصود بالإدارة هي الإدارة المعتادة دون الإدارة غير المعتادة . أما اللائحة التي توضع لإدارة الأجزاء الشائعة للبناء متعدد الطبقات ، فإنها تتناول الإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة على السواء . ولما كانت القرارات الفردية في إدارة الأجزاء الشائعة إدارة غير معتادة يكفي فيها مجرد الأغلبية كما سنرى ، فقد وجد المشرع من الأحوط أن يشترط الإجماع في اللائحة المستقرة الدائمة للإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة ، حتى لا يتيسر تعديل هذه اللائحة في أي وقت تريده الأغلبية كما سبق القول .

وإذا وضع الاتحاد لائحة تنظيمية لأعماله على الوجه الذي بيناه ، فإن هذه اللائحة تسرى على جميع ملاك الطبقات والشقق وهم أعضاء الاتحاد ، وتسرى بطبيعة الحال على ورثتهم من بعدهم . فإذا مات أحد الملاك ، حلت ورثته

مجلسه وأصبحوا أعضاء في الاتحاد مكانه ، وسرت عليهم اللائحة التنظيمية التي وافق عليها مؤرخهم . كذلك تسرى اللائحة التنظيمية على الخلف الخاص للمالك ، فإذا باع المالك طبقته أو شقته حل المشترى مجلسه في عضوية الاتحاد وفي التقيد باللائحة التنظيمية . وقد كان هناك نص صريح في هذا المعنى في المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٦٣ ملى (١) . ولكن لجنة المراجعة حذفته دون أن تبين سبب الحذف . والغالب أن يكون السبب هو عدم الحاجة إلى النص ، ففي القانون المصرى تسرى عقود السلف في حق الخلف الخاص متى كانت الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد تعتبر من مستلزمات الشيء الذى انتقل إلى الخلف الخاص (م ١٤٦ ملى) . على أن هناك نصا صريحا فيما يتعلق باللائحة التي توضع لإدارة الشيوع العادى يمكن أن يقاس عليه هنا ، فقد نصت المادة ٢/٢٨٨ ملى على أن النظام الذى يوضع « يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا ، سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا » (٢) .

٦٣١ - الإدارة باتخاذ قرارات فردية ووضع نظام عام للإدارة -

نص قانونى : تنص المادة ٨٦٤ ملى على ما يأتى :

« إذا لم يوجد نظام للإدارة ، أو إذا خلا النظام من النص على بعض الأمور ، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد ، وتكون قراراته في ذلك ملزمة ، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الاجتماع ، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة » (٣) .

(١) انظر أيضا نفس الفقرة ص ١٠٢٩ هامش ٢ .

(٢) ولكن يجب على كل حال ، لريان اللائحة في حق الخلف الخاص ، أن يكون هذا حالها بما وقت انتقال ملكية الطبقة أو الشقة إليه من سلفه (م ١٤٦ ملى) .

وانظر إسماعيل غانم فقرة ١٥٦ (ويقول في خصوص تسجيل اللائحة : « ولا يشترط تسجيل اللائحة إذا كانت قاصرة على مجرد تنظيم الانشقاع والإدارة ، وعلى العكس يكون التسجيل واجبا إذا كانت لللائحة تمس نطاق الملكية ذاتها ، بأن حددت الأجزاء المشتركة والأجزاء المملوكة تحديدا يختلف عن التحديد الذى اتبته المشرع في المادة ٨٥٦ » : انظر فقرة ١٥٦ ص ٣٦٣) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين الملى الجديد ، مع بعض علاقات لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة

ويؤخذ من هذا النص أنه إذا لم يضع الاتحاد لائحة تنظيمية يسير عليها في إدارته للأجزاء الشائعة ، أو إذا خلت اللائحة التنظيمية المرصودة من نص في المسألة التي يبحث الاتحاد فيها ، فإن سبيل الاتحاد في القيام بمهمته من الإدارة هو اتخاذ قرارات فردية في كل مسألة من المسائل التي تعرض له على حدة . ويستوى في ذلك أن تكون المسألة متعلقة بالإدارة المعتادة ، أو متعلقة بالإدارة غير المعتادة . ففي الحالتين يتخذ الاتحاد قرارات فردية بأغلبية عادية ، أى بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء . وتكون هذه القرارات الفردية مازمة لجميع الملاك ، من وافق منهم عليها ومن لم يوافق . وهذه هي المزية الكبرى من قيام الاتحاد ، فهو بأغلبية عادية يستطيع أن يدير الأجزاء الشائعة إدارة معتادة وهو ما تستطيعه أغلبية الملاك في الشروع العادي ، بل ويديرها إدارة غير معتادة وهو ما لا تستطيعه أغلبية الملاك في الشروع العادي ، ويشترط لصحة هذه القرارات الفردية أمران : (١) أن يدهى جميع ملاك الطبقات والشقق إلى الاجتماع الذي يعقده الاتحاد ، وذلك عن طريق كتاب موصى عليه يرسل من مأمور الاتحاد عادة أو ممن يقوم مقامه ، فلا يكفي الكتاب العادي ، ومن باب أولى لا تكفي الدعوة الشفوية . (٢) أن يصدر القرار بأغلبية جميع الملاك (بحسب قيمة الأنصباء) ، من حضر منهم ومن لم يحضر ، ولا تكفي أغلبية الحاضرين (١) .

— تحت رقم ٩٣٥ في المشروع الثاني ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٤ (مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١٧٢ — ص ١٧٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) وليس من الضروري أن يكون هناك جدول أعمال الجلسة ، وإذا وجد جدول أعمال فليس من الضروري التشديد به . متى صدر قرار بالأغلبية المطلوبة ، فإنه لا يجوز لأحد الأعضاء أن يظن في هذا القرار ، إلا إذا كان القرار قد خرج من حدود اختصاص الاتحاد ، أو شابه تصف في استعمال الحق (إسماعيل غانم فقرة ١٥٧ ص ٣٦٤) .

٦٣٢ - التأمين على البناء وإجراء أعمال ترتب عليها زيادة قيمة -

نص قانوني : تنص المادة ٨٦٥ مدني على ما يأتي :

« وللإتحاد ، بأغلبية الأصوات المنصوص عليها في المادة السابقة ، أن يفرض أي تأمين مشترك من الأخطار التي تهدد العقار أو الشركاء في جملتهم . وله أن يأذن في إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه ، وذلك على نفقة من يطلب من الملاك ، وبما يضمنه الإتحاد من شروط ، وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء » (١)

وهنا ننقل إلى مثليين من أعمال الإدارة ، أحدهما من أعمال الإدارة العادية وهو التأمين على البناء ، والآخر من أعمال الإدارة غير العادية وهو إجراء أعمال ترتب عليها زيادة قيمة البناء . والعمال يدخلان في اختصاص الإتحاد على السواء ، يقرر في شأنهما ما يراه بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصبة ، العادي من العملين وغير العادي .

فيستطيع الإتحاد أن يقرر تأمين البناء - الأجزاء المقرزة والأجزاء الشائعة - من خطر الحريق ومن أي خطر آخر . كذلك يستطيع أن يؤمن من خطر الحوادث التي تنجم عن المصعد ، سواء كان تأميناً من المسئولية أو تأميناً من الأضرار . ويفرض في سبيل ذلك أن يتحمل الأعضاء أقساط التأمين ، كل بنسبة قيمة ما يملك . والإتحاد يعقد التأمين لمصلحة الأعضاء ، فكل عضو

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٤ من المشروع أهدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، مع بعض خلافاً لفظية . وقد وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٦ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٤ - ص ١٧٦) .

ولا مقابل النص في التفتين المدني السابق .

وبقابل النص في التفتينات الملغية العربية الأخر :

التفتين المدني السوري م ٨٣٠ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٨٦٩ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

يكون مستفيداً من هذا التأمين بقدر حصته ، وهو الذى يستحق مبلغ التأمين إذا تحقق الخطر المؤمن منه .

ويستطيع الاتحاد كذلك أن يقرر القيام بأعمال أو تعديلات فى البناء كله أو بعضه ، فى الطبقات المفروزة أو فى الأجزاء الشائعة بما يترتب عليه زيادة فى قيمة البناء كله أو بعضه . ويقرر ذلك بالأغلبية العادية محسوبة على أحاس قيمة الأنصبة ، كما سبق القول . وإذا كان النص لم يذكر ذلك صراحة ، بل اقتصر على القول بأن الاتحاد يأذن لأحد الأعضاء فى القيام بهذه الأعمال على نفقته ، فإن هذا لا يعنى أن الاتحاد عاجز عن أن يقرر القيام بهذه الأعمال على نفقة جميع الأعضاء ، مادامت أعمالاً من شأنها أن تزيد فى قيمة البناء . فيستطيع مثلاً أن يقرر بناء طبقة جديدة إذا كانت الطبقات القائمة غير كافية لاستغلال الأرض الواسعة التى أقيم عليها البناء . ويقرر ، فى سبيل بناء طبقة جديدة ، أن يقرض وأن يرهن البناء ضماناً للقرض . وتعتبر الطبقة الجديدة ملكاً شائعاً لجميع ملاك الطبقات ، يديرها الاتحاد ويستغلها ، ويسدد من غلتها القرض ، ثم يقسم الغلة على الأعضاء كل نسبة حصته فى الطبقة الجديدة^(١) . وله كذلك أن يقرر ، فى مناسبة بناء طبقة جديدة ، أن يقيم مصعداً فى البناء ، على النحو الذى قدمناه فى إنشاء الطبقة الجديدة .

فإذا لم تتوافر الأغلبية اللازمة للقيام بهذه الأعمال الجديدة التى تترتب عليها زيادة قيمة البناء ، وأراد أحد الملاك أن يقوم بها هو على نفقته ، جاز للاتحاد بنفس الأغلبية أن يأذن لهذا المالك فى القيام بالعمل على نفقته الخاصة ، ويضع الاتحاد لذلك الشروط اللازمة لتثبيت من سلامة العمل ومن زيادته فى قيمة البناء . وقد يفرض تعويضات أو التزامات أخرى لمصلحة بقية الملاك فى ذمة المالك الذى ينفرد بالعمل ، إذا كان من شأن هذا العمل مثلاً أن يحرمهم

(١) وقد يقرر الاتحاد أن يبيع هذه الطبقة الجديدة مفرزة لمالك جديد يتخلف فى ملك ملاك طبقات البناء ، ويصبح عضواً فى الاتحاد . بل قد يقرر الاتحاد منذ البداية أن يهدى إلى شخص أجنبى أو من بين الملاك أنفسهم - بناء الطبقة الجديدة على أن يمتلكها هذا الشخص مفرزة ويصبح عضواً فى الاتحاد إن لم يكن عضواً فيه من قبل ، وذلك بشروط يتفق عليها مع الاتحاد وتكون فى مصلحة الملاك جميعاً .

بعض الوقت من الانشغال ببعض الأجزاء الشائعة في البناء^(١)

٦٣٣ - منح قروضه للأعضاء - نص قانوني : تنص المادة ٨٦٩

مدنى على ما يأتى :

١ - كل قرض يمنحه الاتحاد لأحد الشركاء ، لم يكن من القيام بالتزاماته ، يكون مضمونا بامتياز على الجزء المقرض الذى يملكه وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار .

٢ - وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده^(٢) .

والمفروض هنا أن الاتحاد منح قرضا لأحد الشركاء لم يكن من القيام بالتزاماته . والمفروض كذلك أن هذا القرض قد منحه الاتحاد من ماله الخاص لهذا الشريك . فلا بد إذن من افتراض أن للاتحاد مالا خاصا ، وقد رأينا أنه يجوز أن يكون له هذا المال ، إما من اشتراكات مجمعها من الأعضاء ، أو من صفقة رابحة يحصل عليها في أثناء قيامه بمهمته ، أو من قروض يعقدها ، أو من كل هذا جميعا أو من غير هذا من السبل .

والاتحاد يقرض العضو بقرار يصدر بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصبة ، مادام المال الذى يقرضه للعضو هو ماله الخاص^(٣) . وأهم

(١) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٥٨ من ٣٦٥ وهامش ٢ .

(٢) تاييخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد ، مع بعض خلافاً لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤٠ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس انشاء اب تحت رقم ٩٢٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ١٨٢ - ص ١٨٤) .

ولا مقابل النص في التفتين المدنى السابق .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدنى السوري م ٨٢٤ (مطابق) .

التفتين المدنى الليبي م ٨٧٣ (مطابق) .

التفتين المدنى العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٣) قارن إسماعيل غانم فقرة ١٦١ - منه و مصفى منه و فقرة ١٠٤ من ٣٦٢ -

سبب يدفع الاتحاد إلى إقراض العضو هو تمكن هذا العضو من القيام بالتزاماته ، كأن يمكنه من المساهمة بحصته من التكاليف التي يلتزم بها الأعضاء ، أو كأن يمكنه من المساهمة بنصيبه في أعمال يقوم بها الاتحاد وتترتب عليها زيادة قيمة البناء ، أو كأن يمكنه من المساهمة بنصيبه في تكاليف تجديد البناء بعد هلاكه كله أو بعضه .

في جميع هذه الأحوال يكون الاتحاد قد أقرض العضو مالا تمكنه من القيام بالتزاماته . وقد أراد القانون تشجيع الاتحاد على إقراض العضو مالا لهذا الغرض حتى ييسر للعضو القيام بالتزاماته ، فكفل للاتحاد أن يسترد هذا القرض من العضو بأن جعل القرض مضمونا بحق امتياز على الطبقة أو الشقة التي يملكها العضو المقرض وعلى ما يتبع هذه الطبقة أو الشقة من حصص شائعة للعضو في الأجزاء المشتركة للبناء . ولما كان حق الامتياز هذا هو حق امتياز خاص على عقار ، فإنه يجب قيده ، وتحسب مرتبته من يوم هذا القيد .

أما إذا كان القرض ليس القرض منه تمكن العضو من القيام بالتزاماته ، فإن القانون لا يجعله مضمونا بحق امتياز ، وذلك حتى يتردد الاتحاد طويلا قبل أن يقدم على إقراض العضو مالا لسبب لا تمت إلى قيام العضو بالتزاماته . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما إذا أعطى القرض لغرض آخر ، فلا يكون ممتازا » (١) .

وقد استقى المشرع المصرى المادة ٨٦٩ مدنى سائلة الذكر من المادة ١١ من القانون الفرنسى الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ . ونص المادة ١١ من القانون الفرنسى بقر لصالح الاتحاد حق امتياز ضد العضو الذى لا ينفى بنصيب في تكاليف الأجزاء المشتركة ، فلذا دفع الاتحاد لحساب أحد الملاك نصيبه في هذه التكاليف ، فإن حق الاتحاد في الرجوع على هذا العضو يكون مضمونا بحق امتياز على طبقة هذا المالك أو شقته وعلى حصته في الأجزاء المشتركة . ومن ذلك نرى أن نص المادة ٨٦٩ مدنى مصرى أوسع مدنى من نص المادة ١١ من القانون الفرنسى (٢) .

(١) مجلة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٤ .

(٢) وعلى ذلك ينتقد بعض الفقهاء في مصر نص المادة ٨٦٩ مدنى مصرى فيما تضمنته من -

٦٣٤ - تجريد البناء بعد هدمه - نص قانوني: تنص المادة ٨٦٨ مدني على ما يأتي :

١ - إذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر ، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالأغلبية المنصوص عليها في المادة ٨٦٤ ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك .

٢ - فإذا قرر الاتحاد تجديد البناء ، خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد ، دون إخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة (١) .

ويؤخذ من هذا النص أنه في حالة هلاك البناء هلاكاً كلياً أو جزئياً ، يكون للاتحاد رأى ملزم فيما يتعلق بإعادة بنائه . والبناء هلك غالباً بسبب الحريق ، وقد هلك بسبب آخر كقارة جوية أو زلزال أو اختلال في أساسه أو قصفه بالمداغ في أثناء الحرب أو نزاع ملكيته المنفعة العامة ، أو بغير ذلك من الأسباب .

فإذا هلك البناء ، قرر الاتحاد ، بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الانصباء أى بالأغلبية العادية ، ما إذا كان يجدد أو لا يجدد ، وذلك ما لم يوجد

= توسع (السيد عل المفاز فقرة ٣٤ ص ٦٧ وفقرة ٦٨ ص ١١٩ - عبد اللطيف البدراني فقرة ١٨٢ - إسماعيل غانم فقرة ١٦١ ص ٣٦٩ هامش ٢) .

(١) تاريخ للنص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٧ من المشروع المبدئي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلاقات لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٩ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٠ - ص ١٨٢) .

ولا مقابل للنص في التفتين المدني السابق .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٨٢٣ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٨٧٢ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي لا مقابل .

غانون الملكية المغاربية البناني لا مقابل .

اتفاق سابق بين الأعضاء على التجديد أو عدم التجديد أو كانت هناك لائحة تنظيمية تقرر ما يتبع في هذه الحالة .

فإذا قرر الاتحاد عدم التجديد ، أخذ كل مالك حقه فيما عسى أن يكون قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقديمها الدولة في حالة الكوارث العامة ، وانحل الاتحاد تبعا لذلك إذ لم يعد هناك مسوغ لبقائه .

وإذا قرر الاتحاد تجديد البناء ، التزم الأعضاء بالتجديد . وقام الاتحاد بأعمال التجديد نيابة عن الأعضاء ، وخصص لذلك ما قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقديمها الدولة ، على أن يكفل الأعضاء من أموالهم الخاصة ما عسى أن ينقص ، كل بنسبة حصته . وإذا كانت هناك حقوق مقيدة على بعض الطبقات أو الشقق ، كرهن رسمي أو رهن حيازة أو حق اختصاص أو حق امتياز ، استوفى الدائنون أولا حقوقهم مما آل لأصحاب هذه الطبقات أو الشقق نتيجة هلاك البناء ، وعلى هؤلاء لإكمال نصيبهم في تكاليف تجديد البناء من أموالهم الخاصة . وإذا عجز أحد الملاك عن دفع نصيبه في تكاليف تجديد البناء ، لأن ما أصابه من المال الذي تبقى لا يفي بهذا النصيب أو لأنه قد استغرق في وفاء الديون أو لأي سبب آخر ولم يكن عنده مال خاص لمواجهة التزاماته ، نظر الاتحاد في الأمر . فن الجائز أن يقرضه ما يستعين به على الوفاء بالالتزام ويكون للاتحاد حق امتياز يكفل ما أقرضه إياه على النحو الذي قدمناه (١) . ومن الجائز أن يقتعه ببيع حقه في البناء لشخص آخر من بين الملاك أنفسهم أو من غيرهم ويحل هذا الشخص الآخر محله في البناء الجديد . فإذا لم يوجد حل لهذا الأمر ، تخاف من عجز عن مواجهة تكاليف تجديد البناء بعد أخذ ما عسى أن يكون قد تبقى له من حق إذا رأى الاتحاد إعفائه من الالتزام بالمساهمة في تجديد البناء ، وجدد البناء لحساب من بقي من الملاك دونه (٢)

(١) انظر أيضا فقرة ٦٣٣

(٢) انظر محمد علي عرفة فقرة ٣٦٩ : ويذهب إلى جواز إجبار الشريك المتخلف قضاء على المساهمة في تجديد البناء أو بيع طبقته عليه ، كما هو الأمر في شأن صاحب السفلى طبقا لما هو مقرر في المادة ٨٦٠ مدني .

وانظر في التحقيق على هذا الرأي إسماعيل غانم فقرة ١٥٩ ص ٣٦٧ .

والبناء المحدد يكون ملكاً لأصحابه على النحر الذى كان عليه البناء القديم ، يملك كل منهم طبقته أو شقته مع حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة . وما لم يفتق الملاك على شيء آخر ، يبقى الاتحاد قائماً لإدارة البناء الجديد ، طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

هذا وقد يحتاج البناء إلى تجديد لا لأنه قد هلك : بل لأنه قد بلى وأصبح فى حاجة إلى أن يحدد . وفى هذه الحالة يكون قرار الاتحاد بتجديد البناء من أعمال الإدارة غير المعتادة ، ويصدر القرار بالأغلبية العادية ، وينفذ على الوجه الذى يسطنه فى حالة هلاك البناء .

§ ٢ - مأمور اتحاد الملاك

٦٣٥ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٨٦٦ مدنى على ما يأتى :

١ - يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته ، ويعين بالأغلبية المشار إليها فى المادة ٨٦٤ ، فإن لم تتحقق الأغلبية حين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماح أقوالهم . وعلى المأمور إذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاه نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات . كل هذا ما لم يوجد فى نظام الاتحاد ما يخالفه .

٢ - ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء ، حتى فى مخاصمة الملاك إذا اقتضى الأمر .

وتنص المادة ٨٦٧ مدنى على ما يأتى :

١ - أجر المأمور يحدده القرار أو الأمر الصادر بتعيينه .
٢ - ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها فى المادة ٨٦٤ : أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماح أقوالهم فى هذا العزل^(١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٦٦ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٥ من المشروع انتهى على وجه مطابق لما استقر =

ولا مقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
م ٨٢١ - ٨٢٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧٠ - ٨٧١ - وفي التقنين
المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

٦٣٦ - تعيين مأمور بأمور اتحاد الملاك : ولما كان اتحاد الملاك مكوناً من
ملاك متعددين ، لذلك كان الاتحاد في حاجة إلى شخص واحد لتنفيذ قراراته ،
وهذا الشخص يسمى مأمور اتحاد الملاك . وهو في الغالب شخص من بين الملاك
أعضاء الاتحاد ، ولكن القانون لم يحتم ذلك فيصح أن يكون أجنبياً . ويعينه
الاتحاد بالأغلبية العادية ، أي بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الأنصبة .
فلذا لم يظفر أحد بهذه الأغلبية ، جاز لأي عضو في الاتحاد أن يقدم عريضة
إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها البناء ، يطلب فيها تعيين مأمور
للاتحاد ، ويعلن الملاك الآخرين للحضور أمام رئيس المحكمة المشار إليه
ليأخذ رأيهم فرداً فرداً فيمن يرون اختياره . ويصلى رئيس المحكمة أمراً على

عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص
تحت رقم ٩٣٧ في المشروع التمهيد ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب
تحت رقم ٩٣٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٦ (مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ١٧٦ -
ص ١٧٨) .

م ٨٦٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٦ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص
تحت رقم ٩٣٨ في المشروع التمهيد ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب
تحت رقم ٩٣٦ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية أخرى . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت
رقم ٨٦٧ ، بعد الاستماع من عبارة « بأمر من القاضي » في الفقرة الثانية بعبارة « بأمر من رئيس
المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها المقار » (مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ١٧٨ -
ص ١٨٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٢١ - ٨٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٠ - ٨٧١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

العريضة المشار إليها بتعيين الشخص الذى يكون مأمورا للاتحاد ، ويطلب أن يكون هذا الشخص هو كما قلنا من بين الملاك أنفسهم .

٦٣٧ - اختصاصات مأمور الاتحاد : ومأمور الاتحاد ، كما هو واضح من نص المادة ٨٦٦ مدنى سالف الذكر ، هو الأداة التنفيذية للجمعية العامة للاتحاد . وبهذه الصفة يتولى الاختصاصات الآتية :

١ - يقوم بتنفيذ قرارات الاتحاد ، ويكون مسئولاً عن هذا التنفيذ أمام الجمعية العامة للاتحاد .

٢ - يطالب كل مالك بتنفيذ التزاماته . سواء كانت هذه الالتزامات مبصرتها القانون ، أو مبصرتها اللائحة التنظيمية للاتحاد ، أو مبصرتها قرارات فردية اتخذها الاتحاد في جمعيته العامة . ويؤدى حساباً عن ذلك للاتحاد ؛

٣ - يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها . والأصل أن أعمال الحفظ والصيانة والحراسة للأجزاء المشتركة للبناء ، وإدارة هذه الأجزاء المشتركة بوجه عام ، هي من صميم عمل الاتحاد يتولاها بقرارات يتخذها ، ويقوم للأمور بتنفيذ هذه القرارات كما سبق القول . ولكن هناك من هذه الأعمال ما يكون عاجلاً لا بد من القيام به فوراً ، فيجب على المأمور القيام به دون انتظار قرار من الاتحاد ، ويعرض الأمر بعد ذلك على أقرب جلسة للجمعية العامة . وهناك أيضاً من هذه الأعمال ما هو محدود الأهمية لا يستدعى عقد جلسة لاتخاذ قرارات في شأنه : فيقوم المأمور بهذه الأعمال على مسئوليته ، ويعرض الأمر بعد ذلك على الجمعية العامة للاتحاد في أقرب جلسة يعقدها .

٤ - يمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء ، ويرفع الدعاوى باسم الاتحاد ، وترفع عليه باسم الاتحاد الدعاوى ، وهو في كل ذلك يمثل الاتحاد بحكم القانون . فهو ليس إذن في حاجة إلى توكيل خاص ، وليس ضرورياً أن يذكر أسماء الملاك في صحيفة الدعوى . ولما كان الاتحاد شخصاً معنوياً مستقلاً عن أشخاص أعضائه كما سبق القول ، فقد يقاضى الاتحاد أحد الأعضاء مطالباً إياه بتنفيذ التزاماته ، أو يقاضى أحد الأعضاء الاتحاد طاعناً في قراراته . وفي جميع هذه الأحوال يمثل المأمور الاتحاد في مقاضاته للأعضاء وفي مقاضاة الأعضاء له .

٦٣٨ - أجر المأمور وطريقة عزله : وقد تكفلت المادة ٨٦٧ ملقى ساقفة الذكر ببيان أمرين :

(الأمر الأول) تحديد أجر المأمور . ويقوم بتحديد هذا الأجر اتحاد الملاك نفسه إذا كان هو الذى اختار المأمور ، أو يقوم بتحديد له رئيس المحكمة الابتدائية إذا كان هو الذى تولى تعيينه . ويمكن إعادة النظر فى الأجر من الجهة التى حددته ، بالنقص أو بالزيادة ، بحسب الأحوال . ويدخل الأجر ضمن التكاليف التى تنفق على الأجزاء المشتركة للبناء ، فتضاف إليها ، وتقسّم بين الأعضاء كل نسبة حصته كما سبق القول^(١) . ويصح أن يتبرع المأمور بعمله فلا يطلب أجراً عليه ، وبخاصة إذا كان واحداً من الملاك . وله الرجوع فى تبرعه وطلب تحديد أجر له ، إذا رأى أن الأعمال الموكولة إليه تستغرق من وقته ومن جهده ما يستحق عليه أجراً .

(الأمر الثانى) عزل المأمور . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٦٧ ملقى ، كما رأينا^(٢) ، إنه يجوز عزل المأمور « بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها فى المادة ٨٦٤ ، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل » . والعزل يكون إما لإخلال المأمور بالتزاماته بإخلالاً واضحاً ، أو لعدم صلاحيته لما وكل إليه من العمل ، أو لتبرّره عاجزاً عن القيام بها ، أو لغير ذلك من الأسباب الجدية . وكما يجوز عزل المأمور ، يجوز كذلك أن يتنحى هو نفسه عن القيام بالوكالة الموهودة إليه ، شأنه فى ذلك شأن أى وكيل .

وليس من الضرورى أن تكون الجهة التى قامت بتعيينه هى التى تقوم بعزله ، فقد يختاره الاتحاد ويعزله رئيس المحكمة ، أو بالعكس يعينه رئيس المحكمة ويعزله الاتحاد بالأغلبية المعتادة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويجوز عزل السنليك (المأمور) بالأغلبية أو بأمر قاضى ، أيا كانت طريقة تعيينه »^(٣)

(١) انظر ألفا فقرة ٦٢٦ .

(٢) انظر ألفا فقرة ٦٢٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ١٨٣ .

وإذا عزل المأمور أو تنحى ، يختار أو يعين مأمور غيره ، بالطريقة التى سينبأها .

الفرع الثالث

ملكية الأسرة

٦٣٩ — الفرع من نظام ملكية الأسرة : امتنى المشروع المصرى نظام ملكية الأسرة من التقنين الملى السويسرى ومن المشروع الإيطلالى الذى أصبح بعد ذلك التقنين الملى الإيطلالى ، ولكنه تأثر قبل كل شىء بالبيئة المصرية ذاتها . ذلك أن ملكية الأسرة فى مصر قائمة فعلا ، قبل أن توجد قانونا . وكثير من الأسر ، وبخاصة فى الريف ، تستبقى أموالها ، لاسيما إذا أتى عن طريق الميراث ، شالعا بين أفراد الأسرة ، يديره عميد الأسرة ويقدم حسابا عن إدارته لشركائه فى الشيوع . والعرف هو وحده الذى كان يتحكم فى النظام الذى تخضع له ملكية الأسرة على هذا الوجه ، وقل أن يلجأ أحد من أفراد الأسرة إلى طلب القسمة والاستغلال بنصيبه فى المال مفرزا . ولم تكن هذه التقاليد المستقرة فى الريف تخلو من العيوب ، بل لم تكن تخلو فى بعض الأحيان من تحكم عميد الأسرة يدير أموالها على الوجه الذى يريده ، ويقدم حسابا أو لا يقدم . فأراد المشرع تنظيم هذا الضرب من الشيوع الإجبارى القائم على الاتفاق الضمنى ، فلهذب من القواعد التى تسرى عليه وبسط رقابة كافية على إدارة الأموال ، وأفصح مجال الخروج منه لمن أراد من الشركاء (١) .

وإذا كانت ملكية الأسرة ضربا من الشيوع الإجبارى ، فهى كما سنرى شيوع يفرضه الاتفاق لا القانون ، وهى كذلك شيوع مؤقت لا شيوع دائم .

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تعرض للवाद ... لملكية الأسرة ، وهى ملكية استمدها المشروع عن التقنين السويسرى والمشروع الإيطلالى . هل أن ملكية الأسرة فى مصر قائمة بالفعل ، فإن كثيرا من الأسرات يبق فى الشيوع بعد موت المورث ، ولا يتقسم هذه الملكية إلا بالتنظيم . وهذا ما فعله المشروع » (مجموعة الأعمال تحضيرية ٦ ص ١٥٢) .

وينت في ملكية الأسرة أركانها ، ثم أحكامها :

المبحث الأول

أركان ملكية الأسرة

٦٤٠ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٨٥١ مدني على ما يأتي :

« لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة ، وتتكون هذه الملكية إما من تركة وراثتها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية » .

وتنص المادة ٨٥٢ مدني على ما يأتي :

١ - يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك » .

٢ - وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يفرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

٨٥١ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٧٢ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المساجعة تحت رقم ٩٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ رأى رئيس اللجنة إطلاق الأحكام الخاصة بإنشاء ملكية الأسرة وعدم تقيد إنشائها بوحدة العمل أو المصلحة بين أعضاء الأسرة الواحدة ، وكذلك رأى عدم تحديد أعضاء الأسرة بدرجة معينة لأنه من الجائز أن الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة من أعضاء الأسرة الواحدة ليسوا من الأقربين . فأجيب بأن « المقروض ألا تنشأ الملكية المشتركة إلا بعد أن تجمع أفراد الأسرة الواحدة وحدة العمل أو المصلحة » . وهذه لا حدة هي التي تحدد أعضاء الأسرة الواحدة ، وغالبا ما يكون هؤلاء من القرابة » . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٨٥١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٣ - ص ١٤٤) .

وليس لهذه النصوص مقابل في التقنين المدني السابق ، الذي لم يكن يعرف ملكية الأسرة .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٠٦ - ٨٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٥٥ - ٨٥٦ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

٦٤١ - **أركان الأسرة** : ويستخلص من النصوص سالفة الذكر أن الملكية الأسرة أركاناً أربعة هي : (١) اتفاق مكتوب . (٢) ما بين أعضاء أسرة واحدة . (٣) على أموال مملوكة لم تتكون ملكاً للأسرة . (٤) وللمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة .

٦٤٢ - **الركن الأول - اتفاق مكتوب** : يجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على إنشاء ملكية الأسرة اتفاقاً مكتوباً ، كما تصرح بذلك المادة ٨٥١ مدني فيما قدمنا (٢) . والكتابة هنا للاستناد لا للإثبات ، فالاتفاق غير المكتوب يكون باطلاً ، ولو أقر به المتعاقدون أو وجهت فيه الإجماع ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجب أن

م ٨٥٢ : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في المشروع التمهيدى في آخر الفقرة الثانية وهي ما يأتي : « ما لم يقض العرف في الملكية الزوجية بغير ذلك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢١ . ثم وافقت عليه لجنة الشيوخ تحت رقم ٨٥٢ ، وذلك بعد حذف العبارة التي كانت واردة في آخر الفقرة الثانية « لأن نظام ملكية الأسرة نظام جديد ولا عرف فيه » . ووافق عليه مجلس الشيوخ بالتعديل الذي قرره لجنته (مجرعة الأعمال التشريعية ٦ ص ١٤٥ - ص ١٤٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٠٦ - ٨٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٥٥ - ٨٥٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) انظر ألفا فقرة ٦٤٠ .

يكون الاتفاق كتابيا ، والكتابة هنا شرط للانقياد لا مجرد الإثبات (١). والسبب في ذلك أن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة ، قد تصل إلى خمسة عشر عاما ، فوجب أن يكون الاتفاق عليها مكتوبا حتى يرجع إليه عند الحاجة طوال هذه المدة . ولكن من جهة أخرى لا يشترط أن تكون الكتابة رسمية ، فالكتابة العرفية تكفى .

والاتفاق هو تراض على إنشاء ملكية الأسرة ، ويشترط فيه بهذا الوصف توافر الأهلية في أعضاء الأسرة المتعاقدين . والأهلية هنا أعلى من أهلية الإدارة ، فاللى يضع ماله في ملكية الأسرة لا يقوم بمجرد إدارته إدارة معتادة ، إذ هو يقيد من حريته في التصرف فيه كما سئرى ، وفي الوقت ذاته يعطى لمن يدير ماله المالكية سلطات واسعة تتجاوز في كثير من الأحيان حدود الإدارة المعتادة (٢). ومن ثم يجب توافر أهلية التصرف ، ولا بد فيمن يدخل عضوا في ملكية الأسرة أن يكون كامل الأهلية أى بالغاً سن الرشد غير محجور عليه . فإذا كان غير متوافر الأهلية ، وجبت مراعاة الأحكام التى قررها قانون الولاية على المال في شأن التصرف في أموال القاصر . وعلى ذلك إذا كان بين أعضاء الأسرة من هو قاصر أو محجور عليه ، وجب على الوصى أو القيم الحصول على إذن المحكمة لإدخال ماله ضمن ملكية الأسرة .

٦٤٣ - المكن الثاني - أعضاء أسرة وهمية : والأصل أن يكون

الشركاء في ملكية الأسرة هم ورثة المتوفى ، إذ يكون مورثهم قد ترك لهم مستغلا زراعيا أو صناعيا أو تجاريا ، ويكون من المصلحة المحافظة على وحدة هذا المستغل بابقائه في الشيوخ وترك أحد الورثة يديره مع إعطائه سلطات واسعة في الإدارة . والورثة يكونون من ذوى القربى ، فيها عدا الزوج والزوجة

(١) مجموعة الأحوال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ .

(٢) هذا إلى أنه لو أدخل عضو الأسرة مالا مفرزا مملوكا له في ملكية الأسرة فأصبح شائعا بين أعضائها ، كان في هذا ضرب من التصرف في المال المفرز بجملة شائعا (انظر في هذا المسئ لإسمايل خاتم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٦ - وانظر في أنه تكفى أهلية الإدارة محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ - محمد على عرفة ٣٤٩ ص ٤٦٧) .

قليش من الضروري أن تقوم بينهما قرابة . فالقول بأن أعضاء الأسرة يجب أن يكونوا من ذوى القربى فيه شيء من التضيق ، وينبغي أن تتسع عضوية الأسرة لتشمل الزوج والزوجة . فليس من المتصور أن تقوم ملكية الأسرة ما بين أولاد الأعمام ، ولا تقوم ما بين الزوج والزوجة^(١) . إذن ينبغي تجنب القول بأنه لتحديد من هم أعضاء الأسرة يجب الرجوع إلى المادة ٣٤ مدني وهي تنص على أن « ١ - تتكون أسرة الشخص من ذوى قرياه . ٢ - ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » . والأولى أن تؤخذ « الأسرة » بالمعنى المؤلف في كلام الناس ، فتدخل في أعضاء الأسرة الزوج والزوجة^(٢) ، بل لا مانع من دخول الأصهار إذا كان هناك مقتضى لذلك^(٣) . والضابط للأسرة هنا ليست هي القرابة ، بل هي « وحدة العمل والمصلحة » ، إذ تقول المادة ٨٥١ مدني في صدرها ، كما رأينا^(٤) ، « لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة » . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية : « فيجب أن يكون الشركاء اذن أعضاء أسرة واحدة ، ولا يشترط أن يكونوا إخوة ، وإنما يشترط أن تجمعهم وحدة مشتركة في العمل أو المصلحة ، كما إذا اتفق أعضاء الأسرة على استغلال مال الأسرة استغلالا معينا يقتضي وحدة الإدارة ، وكما إذا كان مال الأسرة تركه يحسن بقاؤها كتلة متماسكة حتى يمكن استغلالها على خير الوجه »^(٥) .

(١) انظر في معنى أن أعضاء الأسرة الواحدة يجب أن يكونوا من ذوى القربى ، فلا تتعد ملكية الأسرة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر : محمد كامل مرسي ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ - محمد علي عرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٢ ص ٢٠٦ - حسن كيرة فقرة ١٦٧ ص ٥٧٦ .

(٢) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤ - منصور مصطفي منصور فقرة ٩٤ ص ٢٢٣ .

(٣) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧٤ - عبد المنعم فراج الصبدة فقرة ١٧٧ - وسرى أن الأجنبي قد يدخل في ملكية الأسرة ، ولكن لا يكون ذلك ابتداء ، بل نتيجة لبيع أحد أعضاء الأسرة نصيبه لهذا الأجنبي أو لملك الأجنبي النصيب جبرا على عضو الأسرة ، ثم رضاه الأجنبي وباقي الشركاء دخول الأجنبي شريكا معهم (م ٨٥٣/٢ مدني) - وانظر ما يل فقرة ٦٤٧ .

(٤) انظر ألفا فقرة ٦٤٠ .

(٥) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٥٢ - وينهت الأستاذ إسماعيل غانم إلى أن «

ويستخلص من ذلك أنه يجب فهم « الأسرة » فهما مرنا ، بتكليف بحسبه الظروف . فجميع الورثة ، ولو كان من بينهم الزوج أو الزوجة ، يعتبره أحد أعضاء أسرة واحدة . كذلك لو كان للزوج أو الزوجة أخ مثلا يشترك معه في مال شائع ، وأراد الأخ إدخال هذا المال الشائع في ملكية الأسرة ، فيجب النظر فيها إذا كانت وحدة العمل أو المصلحة تبرر دخول هذا المال في ملكية الأسرة .

ولكن يجب على كل حال التقيد بمعنى الأسرة ، ولو على النحو الواسع الذي قلناه . فلا يكفي أن تقوم بين الشركاء في ملكية الأسرة صداقة وثيقة . إذا لم يكونوا من أسرة واحدة ، ولو دعت هذه الصداقة بدهائم قوية من وحدة العمل أو المصلحة .

٦٤٤ — الركن الثالث — أحوال مملوكة لأعضاء الأسرة : وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٨٥١ مدني : « وتتكون هذه الملكية (ملكية الأسرة) ، إما من تركه ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أي مال آخر مملوك لم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية » . وتتكون ملكية الأسرة عادة ، كما قلنا ، من تركه يستيقها الورثة على الشروع لتدار إدارة مشتركة تنسج فيها سلطات المدير ، سعيًا وراء حسن الاستغلال واحتفاظًا بوحدة التركة . فهي ، أكثر ما تكون ، مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري كما سبق القول (١) . ولا يوجد ما يمنع من أن يضاف إلى التركة مال آخر شائع أو مال مفروز ، لإدخاله في ملكية الأسرة . بل لا يوجد ما يمنع من أن يتفق أعضاء

= المشرع ، إذ نص في المادة ٨٥١ على وحدة العمل أو المصلحة ، لم يكن يبين شرطًا يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق على ملكية الأسرة ، بل كان يريد الإشارة في النص إلى العلة التي من أجلها يقدم أعضاء الأسرة على إبرام هذا الاتفاق » (إسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٢٢٤ — ص ٢٢٥) . وانظر في هذا المعنى أيضًا منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٣ .

(١) والمشرع يحرص عادة على استبقاء وحدة هذه المستغلات ، حتى أنه تنص في المادة ٩٠٦ مدني على أنه « إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدمهم على الاستغلال به... » . وقد ترى الورثة استبقاء المستغل شاملا بينهم مع إدخاله في ملكية الأسرة ، على النحو الذي بسطنا

الأسرة الواحدة ابتداء على تقديم كل منهم مال مفرز يملكه ، لتتكون من هذه الأموال المفزة ملكية الأسرة الشائعة ، كما يفعل الشركاء عندما يؤسسون شركة ، غير أن الشركة تعتبر شخصا معنويا هو المالك لهذه الأموال ، أما ملكية الأسرة فتبقى مالا مملوكا على الشيوخ لأعضاء الأسرة لا مالا مملوكا لشخص معنوي . ويجوز أن تتجمع كل هذه العمليات ، فيبدأ أعضاء الأسرة بتركة شائعة فيما بينهم ، ثم يضيفون إليها ، بعد أن تتكون ملكية الأسرة وتبدو بشائر نجاحها ، أموالا أخرى شائعة أو مفزة مملوكة لأعضاء الأسرة ، إما مرة واحدة ، أو مرة بعد أخرى^(١) .

والمهم أن يكون المال الذي يقلمه عضو الأسرة مملوكا له ملكية حالة ، فلا يجوز أن تتكون ملكية الأسرة من أموال مستقبلية ، كأن تكون تركة مستقبلية ، على أن كل تعامل في تركة مستقبلية ولو بطريق تكوين ملكية الأسرة باطل^(٢) .

ويصح أن يكون المال عقارا أو منقولا ، وإن كان الغالب أن يكون عقارا أو منقولا معنويا كالتاجر والمصنع . وإذا كان عقارا وجب تسجيله طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري ، حتى لو كان هذا العقار مملوكا على الشيوخ بين أعضاء الأسرة قبل الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة^(٣) .

٦٤٥ - الركن الرابع - مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة : وملكية الأسرة لا بد أن تكون مؤقتة ، ولا يجوز أن تزيد المدة فيها على خمس عشرة سنة . ويجب التمييز هنا بين فرضين : فإما أن تكون مدة قد حددت في الاتفاق ، أو لم تحدد مدة ما .

(١) وقد ل الماكرو الإيفاحية المشروع التيمى في هذا الصدد : « وتتكون ملكية الأسرة عادة من تركة يكتسبها الآفة ، كلها أو بعضها ، في الشروع فيها وراء حسن الاستغلال . ويجوز أيضا أن يتفق أعضاء الأسرة على تكوين ملكيتها من مال يقدمه كل منهم ولا يكون من تركة مشتركة ، وهذا لأب إلى الشركة ، ويكون المقصود من ذلك استغلال هذا المال استغلالا معينا يقتضى وحدة الإدارة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ - ١٥٣) .

(٢) محمد على حرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٦ .

(٣) محمود شوق في الشهر العقاري طحا وعلا سنة ١٩٥١ ص ٢٣٤ - محمد على حرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٧ - إسماعيل خاتم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٥ - منصور هسطن منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٤ .

فإذا حددت مدة في الاتفاق ، وجب ألا تزيد هذه المدة على خمس عشرة سنة كما قدمنا . ويصح أن تكون المدة أقل من خمس عشرة سنة ، عشر سنين أو أقل أو أكثر ، والمهم ألا تزيد على خمس عشرة سنة^(١) . فإذا حددت مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، نقيد بها الشركاء في ملكية الأسرة ، وأصبح لزاماً أن يستبقوا أموالهم داخلة في هذه الملكية طوال المدة المحددة . ومن هنا نرى أن ملكية الأسرة أطول بقاء وأكثر استقراراً من الشيوخ العادى ، وهذه هى ميزتها . فى الشيوخ العادى لا يمكن الاتفاق على البقاء فى الشيوخ مدة تزيد على خمس سنوات ، وهنا قد تطول المدة إلى خمس عشرة سنة . ويجوز ، بعد انقضاء المدة المحددة ابتداء ، أن تجدد المدة مرة ثانية فثالثة وهكذا . ولكن التجديد لا يكون إلا بعد انقضاء المدة السارية ، وإلا حسبت المدة الجديدة من وقت التجديد لا من وقت انقضاء المدة السارية ، وذلك على النحو الذى قدمناه فى الشيوخ العادى^(٢) . فإذا لم تجدد المدة بعد انقضائها ، ولم يطلب أحد القسمة ، بقى أعضاء الأسرة فى الشيوخ ، ولكن الشيوخ هنا يكون شيوخاً عادياً لا شيوخ ملكية الأسرة^(٣) . ولكن مادام شيوخ ملكية الأسرة قائماً ، لا يجوز فى الأصل لأحد من الشركاء أن يخرج نصيبه من هذه الملكية . ومع ذلك يجوز ، على سبيل الاستثناء ، للشريك « أن يطلب من المحكمة الإذن فى إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، إذا وجد مبرر قوى لذلك » (م ١/٨٥٢ مدنى)^(٤) . فقد يجد أحد الشركاء نفسه ، قبل انقضاء المدة المحددة ، فى حاجة ملحة للمال الذى وضعه فى ملكية الأسرة ، أو يكون قد انتقل من الجهة التى كان يقيم فيها بمجوار ملكية الأسرة فلا يعود مستطيعاً أن يتابع سير العمل والإدارة فى هذه الملكية ، أو تكون العلاقة بينه

-
- (١) « وإذا اتفق أعضاء الأسرة على مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، أنقصت إلى هذا الحد »
 (المذكرة الإيضاحية لمشروع المقيضى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .
 (٢) انظر آنفاً فقرة ٥٣٧ - ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع المقيضى : « ولكن لا يوجد ما يمنع من تجديد المدة بعد انقضائها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .
 (٣) إسماعيل خانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٧ .
 (٤) انظر آنفاً فقرة ٦٤٠ .

وبين أعضاء الأسرة الآخرين قدساعات إلى حد لا يرجى معه العودة إلى التظام^(١).

وإذا لم تحدد الملكية الأسرة مدة في الاتفاق ، وكان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه (م ٢/٨٥٢ مدني)^(٢) . فالاتفاق غير محدد المدة على ملكية الأسرة يكون إذن عرضة لأن يخرج أى شريك منه بعد ستة أشهر من إعلان وجهه إلى سائر الشركاء . ولا يشترط شكل خاص في الإعلان ، فقد يكون إنذاراً على يد محضر ، وقد يكون كتاباً مسجلاً أو غير مسجل ، وقد يكون شفويًا ولكن يقع عبء إثباته على الشريك الخارج^(٣) . وفي ملكية الأسرة الزراعية ، تراعى المواصي التي يحددها العرف الزراعي . وقد كان في المشروع التمهيدي لنص المادة ٢/٨٥٢ مدني عبارة في هذا المعنى ، ولكنها حذفت في لجنة مجلس الشيوخ . ولا يوجد ما يمنع من مراعاة هذا الحكم بعد حذف هذه العبارة ، فإن الحكم نفسه يتفق مع القواعد العامة^(٤) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « عل أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انتهاء الأجل المتفق عليه إذا كان هناك مبرر قوى لذلك ، كما إذا اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله إلى مقر آخر ، أو احتاج إلى مال ، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلاف لا أمل في تسويته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٢) انظر آتياً فقرة ٦٤٠ .

(٣) وإذا أخرج أحد الشركاء نصيبه ، بعد انقضاء ستة أشهر من الإعلان أو وجود مبرر قوي فيها إذا كانت هناك مدة محددة ، فإن هذا لا يعتبر قسمة المال الشائع بين الشركاء . فيصح أن يكون إصاء الشريك نصيبه من طريق التجنيب ، بل يصح إعطائه مقابل نصيبه نقداً إذا تعلق التجنيب (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٧ هامش ٢) .

(٤) فالعرف الزراعي مثلا يقضى بوجوب انتظار جنى المحصول ، فيجب تحكيم هذا العرف في خصوص إخراج أحد الشركاء لنصيبه في ملكية الأسرة (محمد حل مرة فقرة ٣٥٠ ص ٤٦٨) . وقد جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ التي حذفت النص الخامس بالعرف الزراعي ، تبريراً لهذا الحذف ، ما يأتي : « لأن العرف الذي يشير إليه النص لم ينشأ بعد ، وهو إن نشأ في المستقبل فلن يكون هناك ما يجوز دون تطبيقه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٧ - وانظر آتياً فقرة ٦٤٠ ص ١٠٤٤ هامش ١) . وانظر في هذه المسألة إسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٨ هامش ١٠١ .

المبحث الثاني

أحكام ملكية الأسرة

٦٤٦ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٨٥٣ مدني على ما يأتي :

١ - ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة ، إلا بموافقة الشركاء جميعاً .

٢ - وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبراً عليه ، فلا يكون الأجنبي شريكاً في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقي الشركاء .

وتنص المادة ٨٥٤ مدني على ما يأتي :

١ - للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحداً أو أكثر . وللمدير أن يخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

٢ - ويجوز عزل المدير بالطريقة التي عين بها ولو اتفق على غير ذلك ، كما يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أي شريك إذا وجد سبب قوي يبرر هذا العزل .

وتنص المادة ٨٥٥ مدني على ما يأتي :

« فيما عدا الأحكام السابقة ، تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة »^(١).

تاريخ النصوص :

٨٥٣ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٤ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المبني للجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية في المشروع التمهيدى كانت تجر على الوجه الآتي : « ولا يشترك الأجنبي في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقي »

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٨٠٨ -
٨١٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٥٧ - ٨٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي
لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل^(١) .

ويؤخذ من هذه النصوص أن ملكية الأسرة هي ملكية شائعة بين عدد من
أعضاء أسرة واحدة ، يملكها هؤلاء الأعضاء على الشيوع ، وليست شخصاً
معنوياً تستند إليه هذه الملكية . وهي كملكية شائعة تخضع في الأصل لأحكام
هذه الملكية إلا فيما تميزت به من أحكام ، وكلكية يوكل فيها الشركاء واحداً

= الشركاء . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه
مجلس النواب تحت رقم ٩٢٢ . وفي لجنة المس للشيخ استبدلت عبارة « فلا يكون الأجنبي شريكاً
في ملكية الأسرة » بعبارة « فلا يشترك الأجنبي في ملكية الأسرة » ، وجاء في تقرير اللجنة تبريراً
لهذا التعديل « أن المراد هو أن صفة الشريك عن الأجنبي ، والتعديل يجعل هذا المعنى أوضح » .
وأقرت اللجنة النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٥٣ ، ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٦ ص ١٤٧ - ص ١٤٩) .

م ٨٥٤ : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من المشروع التمهيدي كانت تبدأ على
الدرجة الآتية: ... والمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغييرات ومن التعديل في الله ض .. .
ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب
تحت رقم ٩٢٣ . وفي لجنة الشيوخ رأى الاختصار بالنسبة إلى سلطة المدير على التغيير في
الذي ضن الذي أعد له المال المشترك دون التعديل في المال المشترك ، ولذلك استبدلت عبارة والمدير
أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير « وبمباراة » والمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغييرات
ومن التعديل . وأقرت اللجنة النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٥٤ ، ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٩ - ص ١٥١) .

م ٨٥٥ : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه
في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٦ في المشروع النهائي . ووافق
عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦
ص ١٥٢ - ص ١٥٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٠٨ - ٨١٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٥٧ - ٨٥٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

منهم ليدبرها تخضع في الأصل لأحكام الوكالة ، فيما يتعلق بأعمال المدير ،
والزاماته^(١) ، سواء كان ذلك في علاقة المدير بالشركاء^(٢) أو في علاقته
بالغير ، وذلك إلا فيما تميزت به هنا أيضاً من أحكام .
وتتميز أحكام ملكية الأسرة عن أحكام الشروع العادى وعن أحكام
الوكالة في ناحيتين : ناحية تصرف الشريك في نصيبه ، وناحية إدارة ملكية
الأسرة .

٦٤٧ - تصرف الشريك في نصيبه في ملكية الأسرة : يبقى نصيب
الشريك شائعاً في ملكية الأسرة ، ولا يستطيع الشريك أن يطلب القسمة
مادامت هذه الملكية قائمة . وقد يبقى على هذا النحو مجبراً على البقاء في الشروع
مدة خمس عشرة سنة إذا حدد هذا الأجل في الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة ،
وفى هذا تختلف هذه الملكية كما قدمنا عن الشروع العادى حيث لا يجبر الشريك
على البقاء في الشروع أكثر من خمس سنوات .

وكما يرد هذا القيد على حق الشريك في طلب القسمة : يرد قيد مماثل على
حق الشريك في التصرف في نصيبه الشائع . وقد قدمنا أن الشريك يملك إخراج
نصيبه من ملكية الأسرة إذا حدد لها أجل معين بشرط أن يقوم مبرر قوى
لذلك ، ويملك فيما إذا لم يحدد الملكية الأسرة أجل معين إخراج نصيبه بعد
انقضاء ستة أشهر من إعلانه الشركاء برغبته في ذلك . ونضيف إلى ذلك
أمرين :

أولاً - إنه يملك ، دون إخراج نصيبه من ملكية الأسرة ، أن يتصرف
في هذا النصيب^(٣) إلى أحد الشركاء ، فيخرج هو من ملكية الأسرة وتزداد

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع انتهى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٤ .
(٢) ويرتب على ذلك أن سائر الشركاء يكونون مسئولين عما أصاب المدير من ضرر دون
خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً متتابعاً (م ٧١١ مدنى) ، وأنهم يكونون معضامين قبل المدير
في تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدنى) ، وأن على المدير إذا كان مأجوراً أن يبدل في إدارة ملكية
الأسرة نهاية الأجل المتعاقب (م ٧٠٤ / ٢ مدنى) ، وعليه أن يقدم حساباً من إدارته (م ٧٠٥
مدنى) ، وأن له أن ينيب عنه غيره وتحدد مسئولية هو وفأله طبقاً لأحكام المادة ٧٠٨ مدنى .
انظر في ذلك محمد حل حرة فقرة ٣٥٣ .

(٣) سواء كان التصرف مباحة أو تبرعاً ، وسواء كان بالنزول أو بالرهن أو بغير ذلك -

حصة الشريك المتصرف إليه في هذه الملكية بقدر نصيب الشريك المتصرف .
 بل يجوز للشريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي لا لأحد الشركاء ، ولكن
 يشترط في ذلك موافقة باقي الشركاء . وفي هذا ضرب من المنع من التصرف
 إلا بموافقة الشركاء^(١) . فإذا تصرف الشريك في نصيبه لأجنبي ، ووافق باقي
 الشركاء على هذا التصرف ، نفذ التصرف في حق باقي الشركاء . وحل الأجنبي
 محل الشريك ، لا في ملكية الأسرة ، بل في نصيب الشريك الشائع . فيستطيع
 الأجنبي إخراج هذا النصيب من ملكية الأسرة عن طريق التجنيب ، وقد
 يتفق الشركاء مع الأجنبي على إعطائه مقابلاً من النقود . أما إذا أريد أن يحل
 الأجنبي أيضاً محل الشريك في ملكية الأسرة ذاتها ، فلا بد في ذلك من موافقة
 أخرى تصدر من باقي الشركاء ، ولا بد أيضاً من موافقة الأجنبي نفسه على بقاء
 النصيب الذي انتقل إليه في ملكية الأسرة^(٢) . وهذا مثل نادر لتحويل أجنبي

١- من التصرفات (شقيق شحاتة في التأمين المبنى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٥ فقرة ٢٧ ص ٣١ - عيد المنعم
 البدراف فقرة ١٧٣ ص ٢٠٧ هامش ١ - إسمايل غانم فقرة ١٤٢ ص ٣٢٩ - وقانون سليمان
 مرقس في التأمينات العينية سنة ١٩٥١ فقرة ٢٢ ص ٢٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦
 ص ٢٣٩) .

(١) ويترب على ذلك أنه إذا باع الشريك نصيبه بغير موافقة الشركاء ، كان تصرفه باطلاً ،
 إذ البطلان هو جزاء المنع من التصرف (م ٨٢٤ مدني) . انظر في هذا الحق محمد علي حرفة فقرة
 ٣٥١ ص ٤٦٩ - عيد المنعم البدراف فقرة ١٧٣ ص ٢٠٨ .

(٢) ونرى من ذلك أنه لا بد من صدور موافقة باقي الشركاء مرتين ، مرة عند تصرف
 الشريك في نصيبه لأجنبي ، ومرة أخرى عند استيلاء هذا النصيب في ملكية الأسرة ، ولهذا تلحق
 شبهة التعارض ما بين فقرتي المادة ٨٥٣ مدني ، وقد كانت هذه الشبهة أثرت في لجنة مجلس الشيوخ ،
 إذ لاحظ أحد الأعضاء « أن حكم الفقرة الثانية منقوض للحكم الواردة في الفقرة الأولى التي تحرم
 حل الشريك المتصرف في نصيبه لأجنبي إلا بموافقة الشركاء ، بينما الفقرة الثانية يفهم منها جواز
 التصرف لأجنبي ، فأجيب بأن حكم الفقرة الثانية وهو حكم خاص بالشريك الذي يتصرف فيه
 نصيبه بغير التقييد بحكم الفقرة الأولى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٨) . ولا شك
 في أن الإجابة التي أدلى بها أمام لجنة مجلس الشيوخ خالية من الدقة . والصحيح - كما جاء في المذكرة
 الإيضاحية - أن الأجنبي يحتاج إلى موافقة باقي الشركاء في كسب نصيب الشريك أولاً ، ثم يحتاج
 إلى موافقتهم مرة أخرى في إبقاء هذا النصيب في ملكية الأسرة . انظر في ذلك عبد المنعم البدراف
 فقرة ١٧٣ ص ٢٠٨ - ص ٢٠٩ - إسمايل غانم فقرة ١٤٢ ص ٣٣٠ - حنيفة فقرة ١٦٨
 ص ٥٨٠ - ص ٥٨١ - عيد المنعم فرج الصلحة فقرة ١٦٦ ص ٢٢١ - منصور مصطفى منصور
 فقرة ٩٦ ص ٢٤٠ - ٢٤١ - وقانون محمد علي حرفة فقرة ٣٥١ ص ٤٧٠ .

في ملكية الأسرة ، ولكنه لا يدخل ابتداء بل يدخل عقب تصرف أحد الشركاء في نصيبه .

ثانياً - إن دائن الشريك يملك التنفيذ على نصيب الشريك في ملكية الأسرة ، فإذا نفذ عليها وباعها جبراً لأحد الشركاء ، اختص هذا الشريك بنصيب الشريك المنفذ عليه كما في الفرض السابق . ولكن قد يرسو مزاد نصيب الشريك المنفذ عليه على أجنبي لا على شريك ، فيصبح هذا الأجنبي هو المالك لنصيب الشريك ، وله أن يخرج من ملكية الأسرة عن طريق التجنب أو عن طريق المقابل النقدي كما في الفرض السابق أيضاً . أما إذا أراد الأجنبي البقاء في ملكية الأسرة ، فلا بد هنا أيضاً من موافقة باقي الشركاء على ذلك ، ويكون هذا مثلاً نادراً آخر لدخول أجنبي في ملكية الأسرة (١).

٦٤٨ - إدارة ملكية الأسرة : وتتميز إدارة ملكية الأسرة بأنه يجوز للشركاء أن يعينوا شريكاً منهم أو أكثر لإدارة هذه الملكية ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٥٤ مدني ، كما رأينا ، في هذا الصدد : « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحداً أو أكثر » . ويؤخذ من هذا النص أن من يملك تعيين المدير أو المديرين هم الشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص ، أي أغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الأنصبة ، وأن المدير أو المديرين الذين يختارهم الشركاء لابد أن يكونوا من بين الشركاء أنفسهم ، فلا يصح أن يكون المدير أجنبياً كما يصح ذلك في الشروع العادي .

وكما يعين المدير بأغلبية الشركاء على النحو السالف الذكر ، كذلك يجوز عزله بهذه الأغلبية عنها ، حتى لو اتفق الشركاء على عدم جواز عزله . بل إنه يجوز للمحكمة عزل المدير ، دون الحاجة إلى أغلبية الشركاء ، إذا طلب

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد : « فإذا تملك أجنبي حصة أحد الشركاء ، سواء كان ذلك في بيع جبر ، أو كان في بيع اختياري برضاء للشريك وموافقة سائر الشركاء ، فلا يشترك هذا الأجنبي مع ذلك في ملكية الأسرة إلا باتفاق بينه وبين باقي الشركاء ... والفرض من هذا التقييد أن تبقى الملكية مقصورة على أفراد الأسرة بقدر الإسكان » (مجلة الأعمال التجارية ٦ من ١٥٣) .

عزله أحد الشركاء ووجد سبب قوى يبرر هذا العزل ، كأن كان المدير غير صالح لمهمته أو كان غير أمين .

ومتى عين مدير من الشركاء لإدارة ملكية الأسرة ، كان لهذا المدير سلطات واسعة تزيد كثيراً على سلطات المدير في الشروع العادى . فمدير ملكية الأسرة يملك الإدارة العادية كما يملكها مدير الشروع العادى ، ويملك فوق ذلك الإدارة غير العادية ولا يملكها المدير في الشروع العادى . بل إنه لا معقب على إدارة المدير غير العادية هنا ، وهذا بخلاف الإدارة غير العادية في الشروع العادى فقد رأينا أن للأقلية حق الالتجاء إلى القضاء^(١) .

ولكن يلاحظ أنه إذا جاز لمدير ملكية الأسرة ، في إدارته غير العادية ، أن يدخل على هذه الملكية من التغيير في الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، إلا أنه ترد على سلطته هذه قيودان : « القيد الأول » أنه لا يملك إدخال تعديلات في ملكية الأسرة ذاتها بأن يبدل أموالاً أخرى ببعض أموالها ، وكل ما يملكه هو التعديل في الغرض الذى أعد له المال لا التعديل في المال ذاته^(٢) : « والقيد الثانى » أنه يجوز للشركاء ، بالأغلبية للعادية التى سبقتم الإشارة إليها ، أن يقيدوا من سلطات المدير الواسعة ، سواء عند تعيينه أو بعد تعيينه ، فيقصروها مثلاً على الإدارة العادية ، أو يشترطوا موافقة الأغلبية على الإدارة غير العادية .

وليس من الضرورى أن يعين الشركاء مديراً للملكية الأسرة ، وإن كان هذا هو الطريق الأيسر . فيجوز أن يتولى الشركاء أنفسهم الإدارة ، العادية منها وغير العادية ، ويكون كل ذلك بالأغلبية العادية المشار إليها سابقاً هـ . ولا يجوز للأقلية الاعتراض أمام المحكمة على الإدارة غير العادية ، كما يصح

(١) انظر آتفاقة ٥٠١

(٢) انظر التعديل الذى أدخلته لجنة مجلس الشيخ في هذا الصدد آتفاقة ٦٤٦

بمس ١٠٥٢ هامش ١ .

ذلك في الشروع العادى^(١) . وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا لم يعين مدير للملكية الأسرة ، طبقت القواعد العامة في إدارة الشروع العادى ، فلا يكون للأغلبية العادية سوى القيام بأعمال الإدارة العادية^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٢٢٩ - منصور منصور منصور فقرة ٩٦ ص ٢٣٨ .

١ (٢) محمد علي عرفة فقرة ٣٥٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٥ - حسن كريمة فقرة ١٢٨ ص ٤٣١ .

فهرس

صفحة

يسان ١

القسم الأول

الأشياء المادية

والأشياء غير المادية

تمهيد

- ٥ الأشياء وتقسيمها إلى مادية وغير مادية - الشيء والمال
- ٧ الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها
- ٧ الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون
- ٨ الحقوق المالية التي يكون الشيء محلا لها :
- ٩ التمييز بين الشيء المادي والشيء غير المادي
- ٩ التمييز بين الشيء والمال

الباب الأول

الأشياء المادية والحقوق التي ترد عليها

- ١٠ تقسيمات الأشياء المادية والحقوق التي ترد عليها

الفصل الأول - تقسيمات الأشياء المادية

- ١١ الفرع الأول - تقسيم الأشياء المادية إلى عقار منقول

- ١٣ فيصل التفرقة بين العقار والمنقول

- ١٦ ما يترتب من النتائج حل تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول

- ١٩ المبحث الأول - العقار

- ١٩ العقار بطبيعته والعقار بالتنصيص

- ١٩ المطلب الأول - العقار بطبيعته

- ٢٥ الأرض

صفحة

٢٢	النبات
٢٤	المباني والمنشآت :
٢٥	انتماع المباني والمنشآت في الأرض
٢٥	المنشآت المؤقتة
٢٧	أجزاء البناء المكللة له
٢٨	آلات الري والطلاحين والمطاحن والمحالج
٢٩	المطلب الثاني - العقار بالتخصيص
	ما هو العقار بالتخصيص - مقابلة بين نصوص التقنين المدني الفرنسي ونصوص
٢٩	التقنين المدني المصري
٣٢	§ ١ - شروط العقار بالتخصيص :
٣٢	(الشرط الأول) اتحاد المالك :
٣٤	المالك أو نائبه
٣٤	المالك في الشيوع
٣٥	الحائز
٣٦	انفصال ملكية العقار عن ملكية المتقول
٣٦	(الشرط الثاني) التخصيص :
٣٦	المتقول مخصص لخدمة العقار
٣٧	لا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة
٣٨	لا يشترط أن يكون التخصيص ضروريا
٣٩	وجوب أن يكون التخصيص أمرا واقعا - لا تكن إرادة المالك وحدها
٤٠	الاستغلال الزراعي :
٤٠	المواشي المخصصة للزراعة
٤٢	آلات الحث والآلات الزراعية الأخرى
٤٣	البذور والشتل والهاد
	حمام الأبراج وأرانب الأوكار وخلايا النحل ودود القز
٤٤	وأسيك البرك
٤٤	المعاصر والمراجل والأنابيب والخوافي والنفذان
٤٥	الاستغلال الصناعي
٤٦	الاستغلال التجاري
٤٩	خدمة العقار وتزيينه والاستغلال المدني :
٤٩	خدمة العقار وتزيينه
٥٠	الاستغلال المدني

صفحة

§ ٢ - الآثار التي ترتب على التخصيص : ٥١

٥١ صيرورة المنقول بالطبيعة عقارا حكما

٥١ الفروق بين العقار بالتخصيص والمنقول بطبيعته :

٥٢ حجز العقار لا حجز المنقول

٥٣ الزمن الرسمي وحق الاختصاص

٥٣ عدم الانفصال عن ائتمار الأصل

٥٤ رسوم التسجيل

٥٤ الفروق بين العقار بالتخصيص والعقار بطبيعته :

٥٥ قيام نفس مالك العقار الأصل بعملية التخصيص

٥٥ عدم فقد العقار بالتخصيص لذاتيته كمنقول

٥٦ فصل العقار بالتخصيص من العقار الأصل عند نزوح الملكية

٥٧ العقار بالتخصيص يجوز أن يكون محلا لجرمة السرقة

... متى ينتهي التخصيص فتعود العقار بالتخصيص صفته الأصلية

٥٧ كمنقول بطبيعته

٦٠ إمكان الاستثناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعة

المبحث الثاني - المنقول ٦٣

٦٣ المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المآل

المطلب الأول - المنقول بطبيعته ٦٤

٦٥ كل شيء يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف

٦٦ التيار الكهربائي والغاز وموّد البناء وأجزاء البناء المتصلة

٦٧ المنقولات الخاصة للصيد أو المنقولات ذات الطبيعة الخاصة :

٦٧ السفن والمراكب

٦٨ الطائرات

المطلب الثاني - المنقول بحسب المآل ٧١

٧١ نصوص متفرقة تعرض لمنقولات بحسب المآل

٧٣ شروط المنقول بحسب المآل :

٧٣ التعامل جرى على أساس ما يصير إليه العقار في المآل

٧٤ المصير المحقق للتقريب للعقار هو أن يصبح منقولا

٧٦ تطبيقات مختلفة للمنقول بحسب المآل :

٧٦ المحصول والثمار

٧٨ شطب الأشجار

٧٨ اقتناص البناء

صفة

المعادن والأحجار في المناجم والمهاجر ... ٨٠ ...
بيع المنقول بحسب المال بيع منقول لا بيع عقار فلا يخضع لتسجيل

وتسرى عليه سائر أحكام بيع المنقول ... ٨٢ ...

الفرع الثاني - تقسيمات أخرى للأشياء المادية ... ٨٢ ...

المبحث الأول - القابل للاستهلاك وغير القابل له - المثلث والقيمي ٨٣

المطلب الأول - الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ٨٣

تمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ... ٨٤ ...

أهمية هذا التمييز ... ٨٥ ...

المطلب الثاني - المثلث والقيمي ... ٨٦ ...

تمييز بين الشيء المثلث والشيء القيمي ... ٨٧ ...

المقابلة ما بين المثلث والقيمي وبين القابل للاستهلاك وغير القابل له ٨٨

أهمية التمييز بين الشيء المثلث والشيء القيمي ... ٩٠ ...

المبحث الثاني - الأشياء العامة والأشياء الخاصة ... ٩٠ ...

تمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة ... ٩٠ ...

المطلب الأول - الأشياء العامة ... ٩١ ...

كيف نثبت التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة ... ٩٣ ...

§ ١ - التخصيص للمنفعة العامة هو معيار الأشياء العامة ... ٩٧

معيار الأشياء العامة الذي أخذ به التفتيش المدني المصري هو معيار

التخصيص للمنفعة العامة - نيل المعايير الأخرى : ... ٩٧ ...

معيار عدم قابلية الشيء للملكية الخاصة ... ١٠٠ ...

معيار تخصيص الشيء لاستعمال الجمهور ... ١٠١ ...

معيار تخصيص الشيء لمرافق عام ... ١٠١ ...

المعيار الذي استقر : تخصيص الشيء للمنفعة العامة ... ١٠٢ ...

تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق رسمي ... ١٠٣ ...

تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق فعل ... ١٠٤ ...

تخصيص الشيء للملك للملك للمنفعة العامة ... ١٠٦ ...

§ ٢ - أمثلة للأشياء العامة أي للأشياء المخصصة للمنفعة العامة ... ١٠٩

تعداد للأشياء العامة : ... ١٠٩ ...

أشياء عامة أرضية : ... ١١١ ...

الطرق والشوارع والقطار والمحاربي ... ١١١ ...

السكك الحديدية وخطوط التلغراف وخطوط التلغراف ... ١١١ ...

ووسائل النقل العام ... ١١٣ ...

صفحة

أشياء عامة شهوية :	١١٥
نهر النيل	١١٥
الترع العامة والمصارف العامة والمين والمرافق والأرصعة	١١٦
أشياء عامة بحرية :	١١٧
شواطئ البحر	١١٧
البركة المستنقعات والبحيرات والبراس والأحواض	١١٨
أشياء عامة بحرية :	١١٩
الحصون والقلاع والختايق والأسوار ومناطق الاستحكامات	١١٩
والترسقات والكتبات	١١٩
مصانع للخبرة والذخائر والأسلحة والأسطول الحربي	١١٩
والطائرات الحربية والمهجمات الحربية	١١٩
أشياء عامة ذات غرض ديني أو غيري :	١٢٥
المداجد	١٢١
المستشفيات والمبرات ودور التعليم والملاجئ العامة	١٢٢
الجنائز والمقابر	١٢٢
المباني الحكومية :	١٢٤
المتاحف والمكتبات العامة والأسواق العامة والحدائق العامة	١٢٤
والسلخانات والبرصات	١٢٥
المدارس والجامعات والمحاكم والسجون والإصلاحيات	١٢٥
دور الحكومة	١٢٥
المغولات :	١٢٥
المستندات والوثائق والتحف والتمثيل والآثار والكتب	١٢٥
والخطوط	١٢٦
التنقود :	١٢٦
مراكب النقل والبريد والطائرات غير الحربية	١٢٦
حقوق الارتفاق الإدارية	١٢٧
حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع	١٢٧
حقوق التطرق المتعلقة بمجارى المياه	١٢٧
الحقوق المتعلقة بالأشغال العامة	١٢٧
الحقوق المتعلقة بالأعمال الحربية	١٢٧
٣ - تكييف حق الدولة في الأشياء العامة	١٢٨
الرأى الذى يبنى ملكية الدولة للنهر العام في فرنسا	١٢٩

صفحة

- الرأى الذى يثبت ملكية الدولة لشيء العام في فرنسا ... ١٣٠
- الرأى الذى يثبت ملكية الدولة لشيء العام في مصر ... ١٣٢
- الرأى الذى يثبت ملكية الدولة لشيء العام في مصر ... ١٣٤
- بعد صدور التقنين المدنى المصرى الجديد : للدولة حق الملكية
في الشيء العام ... ١٣٧
- § ٤ - الأحكام التى تخضع لها الأشياء العامة ... ١٤٢
- (أ) حق الشخص الإدارى هو حق ملكية : ... ١٤٣
- دموى الاستحقاق ودعاوى الجباية ... ١٤٣
- تملك الثمار والحاصلات ... ١٤٤
- تملك العلمى والركاز المدفون ... ١٤٦
- حق التمليك ... ١٤٦
- تعدد الدومين العام ... ١٤٧
- (ب) حق الشخص الإدارى هو حق مقيد بالتخصيص للمنفعة العامة : ... ١٤٩
- عدم جواز التصرف في الشيء العام ... ١٤٩
- عدم جواز الحجز على الشيء العام ... ١٥١
- عدم جواز تملك لشيء العام بالتقادم ... ١٥٢
- المطلب الثانى - الأشياء الخاصة ... ١٥٤
- § ١ - أمثلة للأشياء الخاصة المملوكة للدولة ... ١٥٤
- الدومين الخاص ... ١٥٤
- التركات التى لا وارث لها ... ١٥٦
- الأراضي غير المزروعة التى لا مالك لها ... ١٥٨
- أموال المشروعات العام من مؤسسات عامة وشركات عامة ... ١٥٨
- § ٢ - تحول الأشياء العامة إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها
للمنفعة العامة ... ١٦٠
- كيف ينتهى تخصيص الشيء المنفعة العامة ليصبح شيئاً خاصاً ... ١٦١
- انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق رسمى ... ١٦٣
- انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعل ... ١٦٤
- § ٣ - تكييف حق الدولة في الأشياء الخاصة والأحكام التى
تخضع لها هذه الأشياء ... ١٦٦
- حق الدولة في الأشياء الخاصة هو حق ملكية مدنية محضة ... ١٦٦
- جواز التصرف في الأشياء الخاصة وجواز الحجز عليها ... ١٦٧

صفحة

١٦٨	عدم جواز تملك الأشياء الخاصة بالتقادم
١٧٠	التبشيرات المنظمة لإدارة الحكومة لأحكامها الخاصة والتصرف فيها - قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : ...
١٧١	التقواعد الواجب اتباعها في تأجير المقارنات المملوكة للدولة ملكيا خاصة وفي التصرف فيها : ...
١٧٢	الأراضي الزراعية ...
١٧٣	الأراضي للبور والأراضي الصحراوية ...
١٧٦	الأراضي للتقضاء والمقارنات المبنية ...
١٧٦	أحكام عامة تسري على جميع الأراضي ...
١٧٨	أثر أحكام قانون سنة ١٩٦٤ بالنسبة إلى الوقائع التي سبقت صدوره
	الفصل الثاني - الحقوق التي ترد على الأشياء المادية (أو الأموال)
١٨٠	الأموال والذمة المالية
	الفرع الأول - الأموال وتقسيمها إلى حقوق عينية وحقوق
١٨١	شخصية ...
١٨١	تقسيم المال إلى حق عيني وحق شخصي ...
	المبحث الأول - بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي وتقسيم
١٨٢	الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار ومتقول
١٨٢	المطلب الأول - بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي
	تعريف كل من الحق العيني والحق الشخصي - إحالة إلى ما تقدم في
١٨٢	نظرية الالتزام ...
١٨٣	محاولة عدم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي ...
١٨٣	محاولة عدم التمييز بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي ...
١٨٥	محاولة عدم التمييز بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني ...
١٨٦	بقاء التمييز قائما ما بين الحق العيني والحق الشخصي ...
١٨٨	الالتزام العيني ...
١٨٨	أنظمة للالتزام العيني ...
١٩٠	خصائص الالتزام العيني ...
	المطلب الثاني - تقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار
١٩٢	ومتقول ...
١٩٤	§ ١ - الحقوق والدعاوى العقارية ...
١٩٤	الحقوق العينية الأصلية التي تقع على عقار ...

مقدمة

- الحقوق العينية النبية التي تقع على عقار ... ١٩٥ ...
 الدعاوى المتعلقة بحق عيني على عقار ... ١٩٦ ...
 دعوى الشفعة ... ١٩٧ ...
 § ٢ - الحقوق والدعاوى المنقولة ... ١٩٨ ...

- كل الحقوق والدعاوى التي ليست عقارية تكون منقولة ... ١٩٨ ...
 الحقوق العينية التي تقع على منقول ... ١٩٩ ...
 الحقوق الشخصية أيا كان محلها ... ١٩٩ ...
 الإيرادات المؤبدة والمؤقتة ... ٢٠١ ...
 الأسهم والحصص في الشركات ... ٢٠٢ ...
 المتاجر ... ٢٠٦ ...
 الحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية ... ٢٠٦ ...
 الدعاوى المنقولة - دعوى حصة الشراكة ودعوى حصة التوقيع - دعوى
 تكلفة المثل يجب التنبه ... ٢٠٦ ...
 دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع ... ٢٠٨ ...
 المبحث الثاني - الحق العيني ... ٢٠٩ ...
 المطلب الأول - خصائص الحق العيني ... ٢٠٩ ...

خصائص الحق العيني ترجع إلى أن هذا الحق هو سلطة مباشرة للشخص

- على شيء معين ... ٢٠٩ ...
 محل الحق العيني هو البارز أما المدين بالحق فيختل ... ٢١٠ ...
 اختل عن الشيء في الحق العيني ... ٢١١ ...
 المحازاة في الحق العيني ... ٢١١ ...
 النتائج في الحق العيني ... ٢١٢ ...
 التقدم في الحق العيني ... ٢١٣ ...

المطلب الثاني - الحقوق العينية المذكورة على سبيل

- الحصر - تقسيمها ومفردات كل قسم ... ٢١٤ ...

خلافاً في فرنسا فيما إذا كانت الحقوق العينية مذكورة على

- سبيل الحصر : ... ٢١٤ ...
 الرأي الأول في فرنسا - الحقوق العينية غير مذكورة على
 سبيل الحصر ... ٢١٤ ...
 الرأي الثاني في فرنسا - الحقوق العينية مذكورة على
 سبيل الحصر ... ٢١٥ ...

- في مصر الإجماع منقذ على أن الحقوق العينية مذكورة على
 سبيل الحصر ... ٢١٦ ...
 تقسيم الحقوق العينية إلى أصلية وتبعية ومفردات كل قسم : ... ٢٢٢ ...
 مفردات الحقوق العينية الأصلية ... ٢٢٣ ...
 مفردات الحقوق التبعية ... ٢٢٣ ...
الفرع الثاني - النعمة المالية والحلول المعنى ... ٢٢٣ ...
 معنى النعمة المالية والحلول للمعنى ... ٢٢٣ ...
المبحث الأول - النعمة المالية ... ٢٢٤ ...
 النظرية التقليدية ونقدها ... ٢٢٤ ...
المطلب الأول - النظرية التقليدية في النعمة المالية ... ٢٢٥ ...
 المتناسر التي تتكون منها النعمة المالية ... ٢٢٥ ...
§ ١ - النعمة المالية مجموع من المال ... ٢٢٧ ...
 اندماج عناصر النعمة المالية في مجموع من المال يفسر
 مسائل ثلاثاً : ... ٢٢٧ ...
 المسألة الأولى - النعمة المالية هي الفهم العام للدائنين ... ٢٢٨ ...
 المسألة الثانية - انتقال حقوق المورث وديونه إلى الوارث ... ٢٣٠ ...
 المسألة الثالثة - صلاحية فكرة المجموع من المال أساساً لنظرية
 الحلول المعنى ... ٢٣١ ...
§ ١ - النعمة وشخصية صاحبها ... ٢٣٢ ...
 اندماج النعمة المالية في شخصية صاحبها تتركب عليه نتائج ثلاث
 النتيجة الأولى - الشخص وحده هو الذي تكون له نعمة
 مالية وكل شخص له حصاً نعمة مالية ... ٢٣٣ ...
 النتيجة الثانية - النعمة المالية لا تنفصل عن شخص صاحبها ... ٢٣٤ ...
 النتيجة الثالثة - لكل شخص نعمة مالية واحدة فلا تتجزأ
 النعمة المالية ولا تتعدد ... ٢٣٥ ...
المطلب الثاني - نقد النظرية التقليدية في النعمة المالية ... ٢٣٥ ...
 نوعان من النقد ... ٢٣٥ ...
§ ١ - نقد النظرية في بعض جزئياتها ... ٢٣٦ ...
 المبالغة في ربط النعمة المالية بالشخصية ... ٢٣٦ ...
 الأولى إدخال فكرة التخصيص لفرض معين فيصبح الحق وظيفة
 اجتماعية أكثر منه سلفة في يد شخص ... ٢٣٦ ...

صفحة

- جواز تعدد الذمة المالية ٢٣٧
- جواز انتقال الذمة المالية من صاحبها إلى الغير حال الحياة ... ٢٣٩
- بقاء الذمة المالية مع ذلك مرتبطة بالشخص فلا تقوم ذمة مالية دون صاحب تستند إليه ٢٤١
- § ٢ - تقابل النظرية في أساسها ٢٤٢
- فقد فكرة المجموع من المال ٢٤٢
- تفسير آخر لفكرة الضمان العام للدائنين ٢٤٢
- تبرير آخر لانفعال حقوق المورث وديونه إلى الوارث ... ٢٤٤
- أساس آخر لنظرية الحلول العيني ٢٤٤
- فقد فكرة الاندماج في الشخصية ٢٤٦
- قابلية الذمة المالية للانفصال عن شخص صاحبها ٢٤٦
- جواز تجزئة الذمة المالية وتمدهما ٢٤٦
- إلى أي حد يمكن القول بهدم النظرية التقليدية في الذمة المالية ... ٢٤٨
- بقاء النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة المجموع من المال ... ٢٤٨
- فكرة المجموع من المال يقوم عليها تقسيم الخلف إلى خلف هام وخلف خاص ٢٤٩
- فكرة المجموع من المال هي غير تفسير للدعوى غير المباشرة
- والدعوى البوصية ودعوى الصورية ٢٤٩
- انهدام النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة الاندماج في الشخصية ٢٥٠
- المبحث الثاني - الحلول العيني ٢٥١
- النظرية التقليدية والنظرية الحديثة ٢٥٢
- المطلب الأول - النظرية التقليدية في الحلول العيني ٢٥٢
- § ١ - بسط النظرية التقليدية ٢٥٢
- شروط الحلول العيني ٢٥٢
- أثر الحلول العيني ٢٥٣
- § ٢ - انتقاد النظرية التقليدية ٢٥٣
- الأسس الثلاثة التي قامت عليها النظرية التقليدية :
- الأسل التاريخي - عدم صحة نسبة النظرية التقليدية إلى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ٢٥٤
- التمييز بين المجموع من المال والمال المنفرد بذاته لا يقوم على أساس ٢٥٥
- لا محل لقول بالهواز القانوني ٢٥٧

صفحة

- المطلب الثاني - النظرية الحديثة في الحلول العيني ٢٥٧
- ١ - يسط النظرية الحديثة ٢٥٧
- حالتان الحلول العيني - الحلول العيني ليس مجازاً قانونياً ٢٥٧
- الحالة الأولى - مجموع من المال واجب الرد ٢٥٨
- الحالة الثانية - شيء خصص لغرض معين ٢٥٩
- رد حالي الحلول العيني إلى حالة واحدة هي حالة الخسوف لنظام
قانوني معين ٢٦١
- ٢ - تطبيقات للحلول العيني في القانون المدني المصري ٢٦٢
- عدم وضع قاعدة عامة لحلول العيني في القانون المدني المصري ... ٢٦٢
- نصوص في لثقتين للمنفى المصري تقرر الحلول العيني ... ٢٦٣
- الطائفة الأولى من النصوص - انتقال التأمينات العينية من العين
التي كانت مثقلة بهذه التأمينات إلى الوضو الذي حل حلاً لا ميثاقاً
يحل هذه العيني (الرهن الرسمي - حق الاختصاص - رهن الحياة)
- الطائفة الثانية من النصوص - انتقال الحق في الحبس من الشيء ... ٢٦٣
- إلى ثمنه يحكم الحلول العيني ٢٦٦
- الطائفة الثالثة من النصوص - انتقال حق الانتفاع من الشيء إلى
حوضه يحكم الحلول العيني ٢٦٦
- تطبيقات أخرى للحلول العيني في القانون المدني المصري لم يرد
في شأنها نص ٢٦٦
- الأموال الموقوفة ٢٦٦
- أموال المؤسسة ٢٦٧
- ملكية الأسرة ٢٦٨
- الأموال التي لا يجوز التصرف فيها ٢٦٩
- أموال القاصر من كسبه الخاص ٢٧٠
- أموال التركة ٢٧١

الباب الثاني

الأشياء غير المادية والحقوق التي ترد عليها

- الحق غير المادي والشيء غير المادي ٢٧٤
- الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية - الحقوق الذهنية ... ٢٧٦
- طبيعة الحقوق الذهنية التي ترد على الأشياء غير المادية ... ٢٧٧

صفحة

- تتأق طليعة الملكية مع طليعة الفكر : الفكر لصيق بالشخصية
وحياته في انتشاره لا في الاستتار به ٢٧٩
حق المؤلف أو حق المخترع ليس بحق ملكية ٢٨٠

الفصل الأول - حق المؤلف (الملكية الأدبية والفنية)

- التأويل التشريعي والدول لحماية حق المؤلف ٢٨٢
القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ لحماية حق المؤلف ٢٨٩
المصنفات المحمية ومؤلفوها - حقوق المؤلف وطرق حمايتها ... ٢٩٠
الفرع الأول - المصنفات المحمية ومؤلفوها ٢٩٠
المبحث الأول - المصنفات ٢٩١
الأساس الذي تقوم عليه الحماية هو الابتكار بغض النظر عن قيمته ٢٩١
المطلب الأول - المصنفات الأدبية والعلمية ٢٩٣
أمثلة للمصنفات الأدبية والعلمية وردت في القانون ٢٩٣
المصنفات المكتوبة ٢٩٣
المصنفات التي تلقى شفويا ٢٩٤
المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية ٢٩٤
المصنفات السينمائية ٢٩٥
المصنفات التي تعد خصيصاً أو تداع بواسطة الإذاعة اللاسلكية
أو التليفزيون ٢٩٥
عنوان المصنف ٢٩٦
المصنفات المشتقة من مصنفات سابقة - حالات أربع : ... ٢٩٨
الحالة الأولى - إعادة إظهار المصنف الأصل كما هو ... ٣٠٠
مجموعات المصنفات التي آلت إلى الملك العام ... ٣٠١
مجموعات الوثائق الرسمية ٣٠٣
مختارات الشعر والنثر وغيرها من المجموعات ... ٣٠٤
الحالة الثانية - إعادة إظهار المصنف الأصل بعد الإضافة
أو التتبع أو التحقيق ٣٠٥
إعادة إظهار المصنف الأصل ولكن بعد إضافة إليه من
شرح أو تعليق ٣٠٦
إعادة إظهار المصنف الأصل ولكن بعد تحويله وتمثيله من
طريق المراجعة والتتبع ٣٠٦
إظهار المصنف الأصل عن طريق نشر المخطوطات القديمة ٣٠٧

ملحة

- الحالة الثالثة - الاقتباس من المصنف السابق عن طريق التلخيص
 ٣٠٨ أو التحويل
 ٣٠٩ الاقتباس عن طريق التلخيص
 الاقتباس عن طريق التحويل (تحويل قطعة إلى مسرحية
 أو إل فيلم سينمائي)
 ٣٠٩ الحالة الرابعة - ترجمة المصنف إلى لغة أخرى
 ٣١١ حق المؤلف الأصل وحق المترجم
 ٣١١ لترجمة إلى اللغة العربية
 ٣١٢ المصنفات الفنية
 ٣١٣ أمثلة المصنفات الفنية وردت في القانون
 ٣١٣ المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو
 الألوان أو الحفر أو التحت أو الحيازة
 ٣١٣ المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية
 ٣١٣ انحراف الجغرافية والخطوط (الرسم الكروية)
 ٣١٤ المصنفات الهندسية المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العلوم
 المصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات (فنون الرقص
 وقن الإخراج)
 ٣١٤ المصنفات المنطقية بالفنون التطبيقية (الخزف والأواني
 المنحوتة والتزيين الملون الخ)
 ٣١٤ المبرة في المصنفات الفنية بالتقليد لا بخطة العمل
 ٣١٤ المصنفات الفوتوغرافية
 ٣١٦ المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة الطبيعة
 ٣١٨ المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة لمصنفات فنية سابقة
 ٣١٩ المطلوب الثالث - المصنفات الموسيقية
 ٣٢١ أمثلة المصنفات الموسيقية
 ٣٢١ المصنفات الموسيقية المقرنة بالألفاظ أو غير المقرنة بها
 ٣٢١ المسرحيات الموسيقية (الأوبرا والأوبرا كوميك
 والأوبريت والفردليل)
 ٣٢١ الحركات والاستعراضات المصنوعة بالموسيقى (الرقص
 والتثيل والاستعراضات المسرحية والألعاب
 الرياضية)
 ٣٢٢ المصنف السينمائي
 ٣٢٢ الفرق ما بين المصنفات الموسيقية وبين المصنفات الأدبية
 والمصنفات الفنية
 ٣٢٢

صفحة

عناصر المصنف الموسيقي :	٣٢٣
الحن للموسيقى (المألوف)	٣٢٣
التوافق الموسيقي (الحارموني)	٣٢٣
الإيقاع الموسيقي (الريثم)	٣٢٣
المصنفات الموسيقية المشتقة من مصنفات سابقة	٣٢٣
التحويل (نقل المصنف من آلة موسيقية إلى آلة	
موسيقية أخرى)	٣٢٤
التنوع (الجمع والتأليف بين مصنفات موسيقية متعددة)	٣٢٤
لمبحث الثاني - المؤلف	٣٢٥
القاعدة العامة - المؤلف هو المبتكر - إقامة الدليل على ذاتيته	٣٢٥
حالات خاصة	٣٢٧
المطلب الأول - المصنفات التي يكلف مؤلفوها بوضعها	٣٢٧
التكليف بموجب عقد مقاوله	٣٢٧
التكليف بموجب عقد عمل	٣٢٨
للمطلب الثاني - المصنفات التي تحمل اسمها مستعاراً أو	
لا تحمل أى اسم	٣٣١
المهد الأول - عندما يحتق المؤلف اسمه مستورا	٣٣١
المهد الثاني - عندما يكشف المؤلف عن شخصيته	٣٣٣
للمطلب الثالث - المصنفات التي يتعدد فيها المؤلف	٣٣٤
المصنف الجماعي (المعاجم ودوائر المعارف)	٣٣٤
التفرض الأول - أعمال المؤلفين لا يمكن تمييزها	
بعضها عن بعض	٣٣٥
التفرض الثاني - عمل كل مؤلف متميز عن عمل الآخر	٣٣٦
المصنف المشترك (اشترك أكثر من مؤلف في مصنف واحد)	٣٣٦
لا يمكن تمييز نصيب كل من المؤلفين في المصنف المشترك	٣٣٧
يمكن تمييز نصيب كل من المؤلفين في المصنف المشترك	٣٣٩
صور خاصة من الاشتراك :	٣٤١
مصنفات الموسيقى الفنتازية	٣٤١
الحركات والإستعراضات المصحوبة بموسيقى	٣٤٣
المصنفات السينمائية والمصنفات المدة للإذاعة اللاسلكية	
أو التليفزيون	٣٤٥

صفحة

من يعتبر شريكا في تأليف المصنف السينمائي أو الإذاعي	
أو التلفزيوني (محرر المصنف الأدبي - مؤلف السيناريو -	
مؤلف الحوار - واضع الموسيقى - المخرج - مؤلف المصنف	
الأصلي - الممثلون - المنتج)	٣٤٦
حقوق المؤلف الثابتة لشركاء في المؤلف السينمائي أو الإذاعي	
أو التلفزيوني	٣٤٩
الصور والذين تمثلهم هذه الصور	٣٥٤
لنفرع الثاني - حقوق المؤلف وطرق حمايتها	٣٥٧
للمبحث الأول - حقوق المؤلف	٣٥٧
مذهب وحدة حق المؤلف	٣٥٨
مذهب ازدواج حق المؤلف : الحق المادي والحق الأدبي	٣٥٩
المطلب الأول - الحق المادي أثناء حياة المؤلف	٣٦٠
نطاق الحق المادي وجواز التصرف فيه	٣٦٠
§ ١ - النشر أو نسخ نماذج أوصور للمصنف (النقل غير	
المباشر للجمهور)	٣٦٢
مضمون حق النشر	٣٦٢
الوسائل المختلفة للنشر	٣٦٢
الرضى والإباحات التي لا تدخل في مضمون النشر :	٣٦٥
أولا - النقل للاستعمال الشخصي	٣٦٥
ثانياً - النشر على سبيل الإخبار	٣٦٨
ثالثا - النقل لتأييد ما هو منشور أو لمناقشة والنقد	٣٧١
مشتقات المصنف الأصلي التي تدخل في مضمون حق النشر	٣٧٣
صور الاشتقاق المختلفة	٣٧٤
ترجمة المصنف الأصلي - الترجمة إلى اللغة العربية	٣٧٥
§ ٢ - الأداء العلني (النقل المباشر للجمهور)	٣٧٧
ما هو الأداء العلني	٣٧٧
وسائل الأداء العلني :	٣٧٧
الأداء بطريق الراديو والتلفزيون	٣٧٨
الأداء بطريق السينما والفونوغراف	٣٨٠
علانية الأداء	٣٨١
مجانة الأداء بالنسبة إلى الجمهور	٣٨٢

ملحة

§ ٣ - تصرف المؤلف في حقه المالى ... ٣٨٢

جوائز أن ينقل المؤلف حقه المالى إلى الغير ... ٣٨٢

مقد النشر ... ٣٨٤

مقد العرض المرسى ... ٣٨٦

طرق تقدير المقابل لحق المؤلف المالى ... ٣٨٧

بطان التصرف في مجموع الإنتاج الفكرى المستقبل ... ٣٨٩

التصرف في النسخة الأصلية من المصنف ... ٣٩٠

الحيز على حقوق المؤلف ... ٣٩٢

المطلب الثانى - الحق المالى بعد موت المؤلف ... ٣٩٥

انتقال الحق المالى إلى خلفاء المؤلف بعد موته لمدة معينة ... ٣٩٥

§ ١ - خلفاء المؤلف ... ٣٩٥

الورثة ... ٣٩٥

الموصى لهم ... ٣٩٦

باق الشركاء في المصنف ... ٣٩٨

§ ٢ - مدة حياة الحق المالى بعد موت المؤلف ... ٣٩٩

مدة الحماية في الأصل نسبون عاما بعد موت المؤلف ... ٣٩٩

المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية غير المطبوعة بطابع إنشائي

مدة حاجتها خمسة عشر عاما من تاريخ أول نشر للمصنف ٤٠٢

الأصل أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت موت المؤلف ٤٠٢

المصنفات المشتركة ... ٤٠٢

المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف ... ٤٠٣

والاستثناء أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت نشر المؤلف ٤٠٤

المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية غير المطبوعة بطابع

إنشائي ... ٤٠٤

المصنفات التي يكون مؤلفوها أشخاصا معنوية ... ٤٠٥

المصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار ٤٠٥

المصنف متعدد الأجزاء ... ٤٠٧

المصنف متعدد الطبعات ... ٤٠٧

المطلب الثالث - الحق الأدبي للمؤلف ... ٤٠٨

خصائص الحق الأدبي للمؤلف ... ٤٠٨

مضمون الحق الأدبي للمؤلف ... ٤٠٩

مقدمة

§ ١ - حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه ٤١٩

(أ) . حق تقرير النشر في حياة المؤلف ٤١٩

أثر إزام المقعد للمؤلف بالنشر ٤١٩

للفرض الأول - قوة قاهرة حالت دون إنجاز العمل ٤١٩

للفرض الثاني - المؤلف لا يرضى عن عمله ٤١٩

للفرض الثالث - المؤلف يسيء استعمال حقه الأدبي ويتخلله

تكتكة لعدم التسليم ٤١٩

(ب) . حق تقرير النشر بعد موت المؤلف ٤١٢

مباشرة الوزير المختص للنشر المصنف عنه اعتناء خلفاء المؤلف

من نشره ٤١٣

§ ٢ - حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه ٤١٥

(أ) . الحق في نسبة المصنف حالة حياة المؤلف ٤١٥

(ب) . الحق في نسبة المصنف بعد موت المؤلف ٤١٥

§ ٣ - حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه ٤١٦

(أ) . الحق في دفع الاعتداء حال حياة المؤلف ٤١٦

(ب) . الحق في دفع الاعتداء بعد موت المؤلف ٤١٨

§ ٤ - حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول ٤١٨

(أ) . الحق في سحب المصنف حال حياة المؤلف ٤١٨

(ب) . الحق في سحب المصنف بعد موت المؤلف ٤٢٠

المبحث الثاني - طرق حماية حقوق المؤلف ٤٢١

نطاق حماية حقوق المؤلف من حيث المكان ٤٢١

نطاق حماية حقوق المؤلف من حيث الزمان ٤٢٢

المطلب الأول - الطريق الملقى ٤٢٥

§ ١ - التنفيذ العيني ٤٢٥

الإجراءات التنفيذية السابقة على التنفيذ العيني ٤٢٥

التنظيم من الأمر الصادر بالإجراءات التنفيذية ٤٢٧

الحكم في أصل النزاع ٤٢٨

§ ٢ - التفاوض - حالات ثلاث : ٤٢٩

المادة الأولى - حق المؤلف يتغير بعد مدة تقل عن سنتين ٤٣٠

صفحة

الحالة الثانية - النزاع المطروح خاص بترجمة مصنف	
إلى اللغة العربية	٤٣١
الحالة الثالثة - النزاع المطروح خاص بحقوق المؤلف المعارى	٤٣٢
المطلب الثاني - الطريق الجنائى	٤٣٣
الجرائم والعقوبات الأصلية	٤٣٣
العقوبات التبعية	٤٣٤
حالة للمود	٤٣٥
جريمة عدم الإيداع في دار الكتب ومقويتها	٤٣٥
الفصل الثاني - حقوق أخرى على أشياء غير مادية	
(الحقوق المتعلقة بالرسالة وحق المخترع)	

الفرع الأول - الحقوق المتعلقة بالرسالة	٤٣٧
ما هي الرسالة - الحقوق المتنوعة التي تتعلق بها	٤٣٧
§ ١ - حق الملكية المادية	٤٣٨
انتقال ملكية الرسالة إلى المرسل إليه بمجرد تسليمه ليهاها	٤٣٨
انتقال ملكية الرسالة إلى ورثة المرسل إليه	٤٣٩
سلطة المرسل إليه كمالك للرسالة	٤٤٠
§ ٢ - الحق في السرية	٤٤٠
الأساس الذي يقوم عليه الحق في السرية	٤٤٠
الوسائل التي تتمتع بالحق في السرية والأشخاص الذين يجوز لهم	
التسلك بهذا الحق	٤٤١
جزاء انتهاك حرمة السرية	٤٤٢
§ ٣ - حق المؤلف	٤٤٣
لمرسل حق المؤلف على الرسالة	٤٤٣
تتبع حق المؤلف بملكية الرسالة المادية وبالحق في السرية	٤٤٤
§ ٤ - الحق في الإثبات	٤٤٥
قيمة الرسالة في الإثبات	٤٤٥
متى يجوز للمرسل إليه أن يمتنع بالرسالة	٤٤٦
متى يجوز للغير أن يمتنع بالرسالة	٤٤٧
الفرع الثاني - حق المخترع (الملكية الصناعية)	٤٤٨
الأنواع الرئيسية لحق المخترع أو الملكية الصناعية	٤٤٨

الصفحة

المبحث الأول - براءات الاختراع ٤٥٠

حق المخترع ووجوب حمايته ٤٥٠

١ - الشروط الواجب توافرها في حق المخترع لمنح

براءة الاختراع ٤٥١

الشرط الأول - أن ينطوي الاختراع على ابتكار ٤٥١

الشرط الثاني - أن يكون الابتكار جديدا ٤٥٢

الشرط الثالث - أن يكون الاختراع قابلا للاستغلال الصناعي ٤٥٣

الشرط الرابع - ألا يكون في الاختراع إخلال بالأداب أو

بالتظام العام ٤٥٤

٢ - واجبات صاحب براءة الاختراع وحقوقه ٤٥٥

الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على براءة الاختراع وتقيدها

في السجل الخاص ٤٥٥

واجبات صاحب براءة الاختراع ٤٥٨

حقوق صاحب براءة الاختراع ٤٥٩

٣ - طرق حماية براءة الاختراع ٤٦٠

الإجراءات التحفظية ٤٦٠

الجزاء الملقى ٤٦١

الجزاء الجنائي ٤٦١

المبحث الثاني - الرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات

التجارية ٤٦٢

المطلب الأول - الرسوم والنماذج الصناعية ٤٦٢

ما هي الرسوم والنماذج الصناعية ٤٦٢

إجراءات قيد الرسم أو النموذج في سجل الرسوم والنماذج الصناعية ٤٦٢

واجبات وحقوق صاحب الرسم أو النموذج ٤٦٣

طرق حماية الرسوم والنماذج الصناعية ٤٦٤

المطلب الثاني - العلامات والبيانات التجارية ٤٦٥

ما هي العلامات التجارية ٤٦٥

إجراءات تسجيل العلامات التجارية ٤٦٨

واجبات وحقوق صاحب العلامة التجارية ٤٧٠

البيانات التجارية ٤٧٢

ط في حماية العلامات والبيانات التجارية ٤٧٤

صفحة

القسم الثانى

حق الملكية

تمهيد

- ٤٧٩ ... الأساس الذى يقوم عليه حق الملكية ومشروعية هذا الحق
- ٤٧٩ حق الملكية هو أوسع الحقوق للمدينة نظائرا
- ٤٧٩ اختلاف الأنظار فى الأساس الذى يقوم عليه حق الكية
- ٤٨٠ ... العمل هو الأساس المشروع الذى تقوم عليه الملكية الفردية
- ٤٨١ التطور التاريخى لحق الملكية فى غرب أوروبا
- ٤٨١ العهود الرومانية : من ملكية جماعية إلى ملكية فردية مبسطة
- المصادر الوسطى والمبادئ الجرمانية : تعدد الملكية الإقطاعية
- ٤٨٢ وانقسامها إلى ملكية أصلية وملكية فعلية
- الثورة الفرنسية : تخلص الملكية من أقالها الإقطاعية
- ٤٨٣ وتقديس الملكية للدية
- التفتين المدن الفرنسى : بقاء الملكية الفردية أشد ما تكون
- ٤٨٣ إطلاقا
- ٤٨٤ التطور التاريخى لحق الملكية فى البلاد الإسلامية وفى مصر
- ٤٨٤ الأرض العشورية والأرض الخراجية
- ٤٨٥ أراضي مصر أراضي خراجية فى العهد العربى
- ٤٨٥ مسح الأراضي المصرية وبقاؤها خراجية فى عهد محمد على
- اللائحة السعيدية والتوسع فى حقوق أصحاب الأراضي على
- ٤٨٦ أراضيهم الخراجية
- جعل الألبان الخراجية مملوكة ملكية تامة لأصحابها بالأمر
- ٤٨٨ المال الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١
- ٤٨٩ الإنجازات الحديثة بالنسبة إلى حق الملكية
- ٤٨٩ انتكاس الملكية للفردية تحت ضغط التيارات الاشتراكية
- تكاثر التثويد التى تحيط بالملكية الفردية وظهور الوظيفة الاجتماعية
- ٤٨٩ لحق الملكية
- انحصار الملكية للفردية عن الارض والمغار واتساع رقعتها فى
- ٤٩٠ المنقول
- ٤٩٠ الصديلات الجوهرية التى أدخلها التفتين المدنى الجديد فى حق الملكية
- ٤٩٠ تنظيم حق الملكية تنظيمًا مقه لافى التفتين المدنى الجديد

- الانتقال بحق الملكية في التفتين المدف الجديد من حق مطلق إلى حق
له وظيفة اجتماعية ٤٩١
كثرة القيود التي أحاط بها التفتين المدف الجديد حق الملكية ... ٤٩١

الباب الأول

حق الملكية بوجه عام

نطاقه ووسائل حمايته

الفصل الأول - حق الملكية بوجه عام

- تعرف حق الملكية ٤٩٢
عناصر حق الملكية وخصائصه ٤٩٣
لمن الملكية وظيفة اجتماعية ٤٩٣
الفرع الأول - عناصر حق الملكية وخصائصه ٤٩٦
المبحث الأول - عناصر حق الملكية ٤٩٦
الاستعمال والاستغلال والتصرف ٤٩٦
المطلب الأول - الاستعمال والاستغلال ٤٩٦
١ - استعمال ٤٩٦
قيود الاستعمال ٤٩٨
عدم الاستعمال كالاستعمال حق المالك ٤٩٨
٢ - الاستغلال ٤٩٩
قيود الاستغلال ٥٠٠
عدم الاستغلال كالاستغلال حق المالك ٥٠٠
المطلب الثاني - التصرف والشروط الإرادية المانعة من التصرف ٥٠١
المقصود بالتصرف نقل الملكية أو عنصر من عناصرها ... ٥٠١
قيود يفرضها القانون على التصرف ٥٠٣
قيود تفرضها الإرادة على التصرف - الشروط الإرادية المانعة
من التصرف ٥٠٤
١ - متى يصبح الشرط المانع من التصرف ٥٠٥
التصرفات التي تتضمن الشرط المانع من التصرف (عقد
أو وصية) ٥٠٦
(أ) البيع المشروط ٥٠٩

صفحة

مق يكون الباعث مشروعا	٥٠٩
مصلحة مشروعة كالتصرف	٥١٠
مصلحة مشروعة المتصرف له	٥١١
مصلحة مشروعة للغير	٥١٢
حكم التصرف الذى يتضمن شرطا مانعا ليس له باحث مشروع	٥١٢
(ب) المدة المعقولة	٥١٣
المنع الدائم والمنع المؤقت	٥١٣
الشرط المانع مدى حياة المتصرف	٥١٤
الشرط المانع مدى حياة المتصرف له	٥١٥
الشرط المانع مدى حياة الغير	٥١٦
حكم التصرف الذى يتضمن شرطا مانعا مدته غير معقولة	٥١٦
§ ٢ - الجزء الذى يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف	٥١٧
ما يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف	٥١٧
حكم التصرف المخالف لشرط المانع - القضاء الفرنسى	٥٢٠
الاعتراضات الموجبة للقضاء الفرنسى في هذا الصدد	٥٢٢
الطلاق في التقنين المصرى بطلان مطلق بموجب نص تشريعى	٥٢٤
المبحث الثانى - خصائص حق الملكية	٥٢٨
خصائص ثلاث لحق الملكية : الملكية حق جامع مانع دائم	٥٢٨
المطلب الأول - الملكية حق جامع مانع	٥٢٩
الملكية حق جامع	٥٢٩
الملكية حق مانع	٥٣٠
ما يرد من التنبؤ على أن الملكية حق جامع مانع	٥٣٢
المطلب الثانى - الملكية حق دائم	٥٣٤
الملكية حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك لا بالنسبة إلى شخص المالك	٥٣٤
المعى الأول لدوام حق الملكية - الملكية بطبيعتها غير موقته	٥٣٤
المعى الثانى لدوام حق الملكية - الملكية لا تزول بعدم الاستعمال	٥٣٦
المعى الثالث لدوام حق الملكية - الملكية لا يجوز أن تفتقر بأجل	٥٣٩
سحب القاتلين مجواز اقتران الملكية بأجل والرد على هذه الحجج	٥٤١
الفرع الثانى - الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية	٥٤٥
ما ورد في الأعمال التحضيرية في شأن الوظيفة الاجتماعية	٥٤٥
لحق الملكية	٥٤٥

صفحة

المشروع التمهيدى المادة ٨٠٢ مدنى يشير إلى مالق الملكية من

- وظيفة اجتماعية ٥٤٦
 ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن ٥٤٦
 حذف عبارة « الوظيفة الاجتماعية » فى لجنة مجلس الشيوخ
 لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية ولأن فى التطبيقات التى
 أوردها المشروع ما يفتى عنها ٥٤٨
 المبحث الأول - الملكية حتى ذاتى ولها وظيفة اجتماعية ٥٥٠
 § ١ - الملكية حتى ذاتى ٥٥٠

- الملكية حتى ذاتى فى عناصره وخصائصه ٥٥٠
 الملكية حتى ذاتى فى نطاقه ٥٥١
 الملكية حتى ذاتى فى حمايته ٥٥١
 الملكية الذاتية ثمرة العمل وجزاؤه الحق ٥٥٢
 الملكية الذاتية أقوى حافظ على العمل وغير ضمان للاستقلال الشخصى ٥٥٢
 § ٢ - الملكية وظيفية اجتماعية ٥٥٣
 الأساس الذى تقوم عليه الوظيفة الاجتماعية للملكية ٥٥٣
 مبدأ التضامن الاجتماعى ٥٥٤
 المالك مدعى المجتمع بما كسب ٥٥٤
 تقييد حق الملكية المصلحة العامة ٥٥٥
 تقييد حق الملكية المصلحة الخاصة ٥٥٦
 أعمال سلبية تطلب من المالك ليقوم بما للملكية من
 وظيفة اجتماعية ٥٥٧
 أعمال إيجابية يتدخل بها الغير فى انتفاع المالك يمكنه ٥٥٨
 أعمال إيجابية يجبر عليها المالك لمصلحة الغير ٥٥٩
 المبحث الثانى - التمييز بين مناطق مختلفة فى الوظيفة الاجتماعية

- لحق الملكية ٥٦٢
 المناطق الختلفة فى الملكية وتفاوتها بالنسبة إلى الوظيفة الاجتماعية ٥٦٢
 § ١ - منطقة الاستهلاك ومنطقة الخدمات العامة ٥٦٣
 فى منطقة الاستهلاك أو الملكية الشخصية لا تظهر الوظيفة
 الاجتماعية لحق الملكية ٥٦٣
 فى منطقة الخدمات العامة (الصحة والتعليم والتأمينات الاجتماعية
 الخ) على عكس منطقة الاستهلاك تبرز الوظيفة الاجتماعية لحق
 الملكية بوضوح واضحا ٥٦٤

سنة

§ ٢ - منطقة الإنتاج ٥٦٥

الاتاج يسوده بوجه عام النشاط القرى ٥٦٥

٥٦٦ مظاهر الوظيفة الاجتماعية الملكية في منطقة الإنتاج ...
للدولة حق لتوجيه والرقابة على النشاط القرى في

منطقة الإنتاج ٥٦٦

المستجحة حصة معلومة في ملكية الإنتاج ٥٦٧

٥٦٧ المعدلة الاجتماعية في التوزيع بين رأس المال والعمل ...

٥٦٧ الملكية الفردية وملكية المشروع ...

الفصل الثاني - نطاق حق الملكية ووسائل حمايتها

٥٦٨ الفرع الأول - نطاق حق الملكية ...

المبحث الأول - شمول الملكية الشيء ذاته - الأرض وما

٥٦٨ فوقها وما تحتها ...

§ ١ - الأرض علوا وعمقا ٥٧٠

٥٧٠ ملك سطح الأرض يعتبر مالكا للعلو والعمق ...

٥٧٢ ملكية العلو ...

ليس للمالك أن يمارس فيها يقام من عمل على مسافة من العلو بحيث

٥٧٢ لا تكون له أية مصلحة في منحه ...

لا يجوز للمالك منع مرور الأسلاك الكهربائية أو التلغرافية

٥٧٣ أو التليفونية في أرضه إذا كان ذلك لا يحدث له ضررا

لا يجوز للمالك منع تحريك الطائرات فوق أرضه - تنظيم

٥٧٤ الملاحة الجوية ...

٥٧٥ ملكية العمق ...

ليس للمالك أن يمارس فيها يقام من عمل على مسافة من العمق

٥٧٦ بحيث لا تكون له أية مصلحة في منحه ...

لا يجوز للمالك منع مرور أنابيب المياه تحت أرضه إذا كان

٥٧٦ ذلك لا يحدث له ضررا ...

٥٧٦ للمواد المعدنية والخامات في المناجم والمهاجر ملك للدولة ...

§ ٢ - المواد المعدنية والخامات في المناجم والمهاجر ٥٧٦

٥٧٦ قانون المناجم والمهاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ...

٥٧٧ المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر تعتبر من أموال الدولة ...

صفحة

المواد المدفوعة بالناتج	٥٧٨
مرحلة الكشف	٥٧٩
مرحلة البحث	٥٧٩
مرحلة الاستغلال	٥٨٠
حقوق مالك الأرض التي يوجد المنجم في باطنها	٥٨١
غرامات المهاجر	٥٨٢
تراخيص استغلال المناجم	٥٨٢
حقوق مالك الأرض التي يوجد بها المنجم	٥٨٣
أحكام مشتركة للمناجم والمهاجر	٥٨٤
القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ (تأميم الأصول المستخدمة في استغلال المناجم والمهاجر)	٥٨٤
لمبحث الثاني - امتداد الملكية إلى الملحقات والثمار والمنتجات:	٥٨٥
الملحقات	٥٨٦
الفرق بين أصل الشيء وملحقاته	٥٨٧
تطبيقات مختلفة لما يعتبر من الملحقات	٥٨٧
الثمار	٥٨٨
الثمار الطبيعية	٥٨٨
الثمار الصناعية	٥٨٩
الثمار المدفوعة	٥٨٩
المنتجات	٥٨٩
التمييز بين المنتجات والثمار	٥٨٩
أهمية هذا التمييز	٥٩٠
الفرع الثاني - وسائل حماية حق الملكية	٥٩١
دعوى الاستحقاق وعدم جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها إلا بشروط	٥٩١
المبحث الأول - دعوى الاستحقاق	٥٩١
دعوى الاستحقاق بوجه عام وطرق إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق	٥٩١
١ - دعوى الاستحقاق بوجه عام	٥٩١
محل دعوى الاستحقاق	٥٩١
طرق دعوى الاستحقاق	٥٩٢

صفحة

- المدهى في دعوى الاستحقاق ... ٥٩٣
- المدهى عليه في دعوى الاستحقاق ... ٥٩٥
- دعوى الاستحقاق المنقولة ... ٥٩٧
- دعوى الملكية ودعوى الحيازة ... ٥٩٨
- عدم سقوط دعوى الاستحقاق بالتقادم ... ٥٩٩
- ما يستتبع الحكم بالاستحقاق من حقوق في الرد ... ٦٠٠
- إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق ... ٦٠١
- ٢ - طرق إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق ... ٦٠٢
- طرق إثبات دلالتها يقينية ... ٦٠٢
- السجل العيني ... ٦٠٣
- التقادم المكسب الطويل أو القصير ... ٦٠٣
- الحيازة ... ٦٠٤
- طرق إثبات دلالتها ظنية ... ٦٠٥
- سند التملك ... ٦٠٥
- قرائن أخرى قضائية (المكلفة - دفع الضرائب - الحدود - غريطة فك التزام . الخ) ... ٦٠٦
- تعارض طرق الإثبات ... ٦٠٧
- التواعد التي وضعها القضاء الفرنسي في إثبات الملكية ... ٦٠٨
- الصورة الأولى - يوجد سند تملك عند كل من الخصمين ... ٦٠٩
- الصورة الثانية - لا يوجد سند تملك عند أى من الخصمين ... ٦١١
- الصورة الثالثة - يوجد سند تملك عند أحد الخصمين دون الآخر ... ٦١٣
- نظرة تقديرية للقاعدة التي وضعها القضاء الفرنسي في إثبات الملكية ... ٦١٤
- المبحث الثاني - عدم جواز نزاع الملكية جبراً على صاحبها إلا بشروط ... ٦١٥
- مساس الإدارة بحق الملكية ونزع الملكية للمنفعة العامة ... ٦١٧
- ١ - مساس الإدارة بحق الملكية ... ٦١٧
- أعمال الإدارة الماسة بحق الملكية ... ٦١٧
- اعتداء الإدارة على حق الملكية من طريق أعمال مادية أو عن طريق أوامر إدارية ... ٦١٨
- الاستيلاء المؤقت ... ٦٢٠
- حالات الاستيلاء المؤقت ... ٦٢١
- إجراءات الاستيلاء المؤقت ... ٦٢١
- التعويض عن الاستيلاء المؤقت ... ٦٢٢

صفحة

الحراسة	٦٢٢
حراسة للطوارئ وحراسة التنبية وحراسة الأمن	٦٢٢
ما يترتب على فرض الحراسة	٦٢٤
نزع ملكية للذين وضعوا تحت الحراسة دون تمويض فيما	
يزيد على مبلغ معين	٦٢٥
التأميم	٦٢٦
الطريقة الأولى - نقل ملكية المشروع مباشرة إلى الدولة	
نزول شخصيته الاعتبارية	٦٢٦
الطريقة الثانية - احتفاظ المشروع بكيانه والاختصار على	
نقل ملكية الأسهم إلى الدولة	٦٢٧
الطريقة الثالثة - سحب التزام المرافق العامة	٦٢٩
وجوب التحويل عن التأميم - التفرق بين التأميم والمصادرة	٦٢٩
٥ ٢ - نزع الملكية للمنفعة العامة	٦٣٠
قانون نزع ملكية المقارنات للمنفعة العامة أو التحسين (القانون	
رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٤)	٦٣٠
الضمانات التي تكفل حماية الملكية الخاصة في قانون نزع الملكية	
للمنفعة العامة	٦٣١
للضمان الأول - عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا في الأحوال	
التي يقرها قانون نزع الملكية	٦٣١
تحقيق منفعة عامة	٦٣٢
تحقيق التحسين أو التجميل	٦٣٢
للضمان الثاني - وجوب اتباع الإجراءات التي رسمها قانون نزع	
الملكية	٦٣٢
بيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة أو من	
أعمال التحسين	٦٣٢
حصر المقارنات المطلوب نزع ملكيتها	٦٣٢
نقل ملكية المقارنات المزروع ملكية	٦٣٣
الاستيلاء المؤقت على المقارن في حالة الاستعمال	٦٣٤
الضمان الثالث - وجوب تمويض المالك المزروع ملكية تمويضاً	
عادلاً	٦٣٤
اعتراض المالك على تقدير التحويل	٦٣٥
قواعد قرائن فيما يتعلق بالتحويل	٦٣٦

الباب الثاني

القيود التي ترد على حق الملكية

- ٦٣٨ ... تنوع القيود التي ترد على حق الملكية ...
 ٦٣٨ ... طبيعة هذه القيود وهل هي حقوق ارتفاق ...
 هي قيود تمثل التنظيم العام للألوف لحق الملكية وليست
 ٦٣٩ ... بحقوق ارتفاق ..
 ما يترتب من النتائج على أن هذه القيود القانونية ليست
 ٦٣٩ ... بحقوق ارتفاق ...
 اختلاف الفقه في فرنسا وفي مصر في تكييف طبيعة
 هذه القيود ...
 ٦٤١ ... تقسيم قيود الملكية إلى قيود للمصلحة العامة وأخرى للمصلحة
 الخاصة ...
 ٦٤٢ ...

الفصل الأول - قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة

- نوعان من القيود : قيود ترد على حق الملكية به فياهم وقيود
 ترد على الحق في التملك ...
 ٦٤٣ ...
 ٦٤٣ ... الفرع الأول - قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه ...
 قيود متنوعة تقررها القوانين والوائح وتشمل في مباحث
 القانون الإداري ...
 ٦٤٤ ... أمثلة لما مر من هذه القيود : حقوق الارتفاق الإدارية - نزع
 الملكية المنفعة العامة - الاستيلاء المؤقت - الحراسة - التأميم
 ٦٤٤ ... أمثلة أخرى :
 ٦٤٥ ... الحال المقلقة للراحة والمفسدة بالصحة والخطورة
 ٦٤٧ ... تركيب الآلات البخارية
 ٦٤٨ ... الزراعات المنوعة
 ٦٤٨ ... حماية الآثار التاريخية ...
 ٦٥٠ ... الفرع الثاني - قيود ترد على الحق في التملك ...
 المبحث الأول - قيود واردة في قانون الإصلاح الزراعي ...
 ٦٥٠ ... ما اشتمل عليه قانون الإصلاح الزراعي من القيود ...
 § ١ - الأصل العام للحد الأقصى الجائز تملكه من الأراضي
 الزراعية ...
 ٦٥١ ...

صفحة

- ٦٥١ الحد الأقصى تمكك الله للأرض الزراعية بحسب قانون سنة ١٩٥٢
- ٦٥١ الحد الأقصى هو ٢٠٠ فدان
- ٦٥٢ احتياطات وقائية لمنع التحويل
التصرف فيما زاد على الحد الأقصى للأرض بما لا يزيد
- ٦٥٤ على ١٠٠ فدان
التصرف فيما زاد على ذلك لصغار الفلاحين والحرثيين
- ٦٥٤ المعاهد الزراعية
استيلاء الحكومة على ما زاد بعد ذلك في مقابل تمويش
- ٦٥٥ يطلى سندات على الحكومة
- ٦٥٦ الحد الأقصى تمكك للفرد للأرض الزراعية بحسب قانون سنة ١٩٦١
- ٦٥٦ الحد الأقصى هو ١٠٠ فدان
استيلاء الحكومة على كل المقدار الزائد في مقابل تمويش
- ٦٥٧ يطلى سندات على الحكومة
القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ يلغى التمويش المستحق
- ٦٥٧ الملاك بموجب قانون سنة ١٩٥٢ وسنة ١٩٦١
- ٦٥٨ علم جوائز التملك لما يزيد على الحد الأقصى
بطلان أسباب التملك التي ترجع لإرادة المالك (العقد والأخذ
- ٦٥٨ بالشفعة والاستيلاء)
استيلاء الحكومة على الزيادة في الأسباب التي لا ترجع لإرادة
- ٦٦١ المالك (الميراث والوصية والاتصاف والتنازل)
- ٦٦١ الحد الأقصى تمكك الأسرة للأرض الزراعية
الحد الأقصى هو ٣٠٠ فدان بموجب القانون رقم ٢٤
- ٦٦١ لسنة ١٩٥٨
- ٦٦٣ سطر هذا الحد الأقصى في نصوص قانون سنة ١٩٦١
- ٦٦٤ توزيع الأراضي المستولى عليها على صغار الفلاحين
- ٦٦٤ الشروط الواجب توافرها فيمن توزع عليهم الأراضي ..
- ٦٦٥ الذين لا ينفقه صغار الفلاحين للأرض التي توزع عليهم
- ٦٦٥ قيام لجنة فرعية بمهام الاستيلاء والتوزيع
- § ٢ - الاستثناءات من الأصل العام للحد الأقصى الجائز تملكه
- ٦٦٧ من الأراضي الزراعية
- ٦٦٨ الشركات والجمعيات المشتغلة باستصلاح الأراضي الزراعية
- ٦٧٠ الشركات الصناعية (كشركة السكر وشركات مستخرجات الألبان)
الجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح
- ٦٧٠ زراعي سنة ١٩٥٢

مقدمة

- الجمعية الخيرية الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي
 سنة ١٩٥٢ ٦٧٠
 الدائن الرأسي عليه المزايا ٦٧١
 الموقف الخيري ٦٧٣
 للبحث الثاني - قيود على حق الأجانب في التملك ٦٧٤

- تسلسل القوانين التي تحد من حق الأجانب في التملك ٦٧٤
 الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والقانون رقم ١٢٤ لسنة
 ١٩٥٨ (منع تملك الأراضي الصحراوية) ٦٧٥
 القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ (منع تملك الأراضي الزراعية
 في المستقبل) ٦٧٧
 القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ (منع تملك الأراضي الزراعية
 وما في حكمها في المستقبل وفي الماضي بأثر رجعي) ٦٧٨
 استيلاء الحكومة على الأراضي المملوكة للأجانب في مقابل
 تعويض يعطى سندات على الحكومة ٦٨٠
 عدم أهلية الأجنبي لملك أراض زراعية في مصر ٦٨٢

الفصل الثاني - قيود ترد على حق الملكية للمصلحة الخاصة

- تصنيف هذه القيود - رجوعها جميعاً إلى فكرة إلهار ٦٨٢
 الفرع الأول - القيود التي ترجع إلى الحوار بوجه عام (مضار
 الحوار غير المألوفة) ٦٨٤
 للبحث الأول - تحديد حالة مضار الحوار غير المألوفة ٦٨٦

- وجوب التمييز بين حالات ثلاث : الخطأ في استعمال حق الملكية
 والتعسف في استعمال حق الملكية ومضار الحوار غير المألوفة ٦٨٦
 ١ - الخطأ في استعمال حق الملكية ٦٨٧
 مخالفة المالك لقوانين والوائح ٦٨٧
 ارتكاب المالك خطأ ٦٨٧
 ٢ - التعسف في استعمال حق الملكية ٦٨٩

- فصل الإنصراف بالغير ٦٨٩
 رجوعان الضرر على المصلحة رجوعاً كبيراً ٦٩٠
 عدم مشروعية المصالح التي يرمى المالك إلى تحقيقها ٦٩٢

ملحة

§ ٣ - عقيلر الجوار غير المألوفة ٦٩٣

وجوب تميز حالة مسار الجوار غير المألوفة عن الحالتين

السابقين ٦٩٣

الشروط الواجب توافرها في حالة مضى الجوار غير المألوفة ٦٩٤

غلو المالك في استعماله لحق الملكية ٦٩٥

ضرر غير مألوف يصيب الجار بسبب هذا الغلو ٦٩٥

الملبحة الثانية - تقدير الضرر غير المألوف والأساس القانوني الذي

يقوم عليه الالتزام بالتعويض عنه وكيف يكون هذا

التعويض ٦٩٦

§ ١ - تقدير الضرر غير المألوف ٦٩٦

اعتبارات مختلفة في تقدير الضرر غير المألوف (اعتبارات

موضوعية) ٦٩٦

المعرف ٦٩٨

طبيعة المقارنات ٦٩٨

موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر ٦٩٨

المفروض الذي خصص له المقارن ٦٩٩

سبق الترخيص الإداري فإلا لا يعفيه من المسؤولية نحو جاره ٦٩٩

الجار يستبعد على المالك (أسبقية الاستغلال) ٧٠٠

§ ٢ - الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض

عن الضرر غير المألوف ٧٠١

اختلاف الفقه في فرنسا ٧٠٢

مسئولية المالك تقوم على التزام قانوني هو التزام الجوار ٧٠٣

مسئولية المالك تقوم على نظرية التصف في استعمال الحق ٧٠٤

مسئولية المالك تقوم على نظرية تحمل النتيجة ٧٠٥

مسئولية المالك تقوم على أن الغلو في استعمال حق الملكية يستلزم

التعويض ٧٠٥

مقاسيل مسؤولية المالك في القانون المصري ٧٠٦

نص صريح في التقنين المدني المصري يلزم المالك بالآ يظفر في

استعمال حقه أو يقيد حق الملكية بعدم جواز الغلو ٧٠٧

مسئولية المالك تقوم على إخلاله بالالتزام قانوني ٧٠٧

مسئولية المالك تقوم على غروجه عن حدود حق الملكية ٧٠٧

صفحة

٥ ٣ - كيف يكون التعويض عن الضرر غير المألوف ... ٧٠٨

التعويض التقدي ... ٧٠٨

التعويض النقي ... ٧٠٩

الفرع الثاني - القيود التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار ٧١٠

المبحث الأول - الري والصرف ... ٧١٠

الشرب والمجرى والمسيل ... ٧١٠

٥ ١ - الشرب ... ٧١٣

شروط الحصول على حق الشرب (تغليب مصلحة خاصة راجعة

على مصلحة خاصة مرجوة) ... ٧١٥

الشرط الأول - المالك مسقاة خاصة ... ٧١٦

الشرط الثاني - استوفى المالك حاجة من المسقاة ... ٧١٨

الشرط الثالث - المالك جار هو الذي له حق الشرب ... ٧١٩

الشرط الرابع - الجار في حاجة إلى رى أرضه ... ٧٢١

الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب والتعويض

الواجب دفعه ... ٧٢١

الإجراءات الواجب اتباعها ... ٧٢١

التعويض الواجب دفعه ... ٧٢٣

الإصلاحات الضرورية للمسقاة التي يتسدد المنتفعون بها ... ٧٢٥

أشترائك المنتفعين في القيام بها كل بنسبة مساحة أرضه ... ٧٢٧

قيام تفتيش الري بها على نفقة المنتفعين ... ٧٢٧

٥ ٢ - المجرى والمسيل ... ٧٢٧

المسيل يقابل المجرى وقد يقابل الشرب ... ٧٣٠

الشروط الواجب توافرها لكل من حق المجرى وحق المسيل ... ٧٣١

الشرط الأول - من يطلب هذا الحق جار لملك الأرض التي

يراد استعمال الحق فيها ... ٧٣١

الشرط الثاني - الجار في حاجة إلى رى أرضه عن طريق

المجرى أو إلى صرف مياهه عن طريق المصرف ... ٧٣٣

إجراءات الحصول على حق المجرى وحق المسيل والتعويض

للاوابع ... ٧٣٥

الإجراءات ... ٧٣٥

للتعويض ... ٧٣٦

صفحة

٧٣٨	تعدد التفتين بالمصرف
٧٣٨	مستولية مالك المروى أو المصرف
٧٤٠	المبحث الثاني - التلاصق في الجوار
٧٤٠	§ ١ - وضع الحدود
٧٤٢	الاتفاق ودعا على وضع الحدود
٧٤٢	دعوى تعيين الحدود - خصائصها
٧٤٤	الحكمة المختصة بدعوى تعيين الحدود
٧٤٦	عمل دعوى تعيين الحدود وطرقها
٧٤٨	عمليات التحديد
٧٤٩	محضر التحديد وقوته في الإثبات
٧٥٠	نفقات التحديد
٧٥١	تحويل الملك - إحالة
٧٥٢	§ ٢ - حق المرور
٧٥٤	(١) وحود أرض عبورية عن الطريق العام
٧٥٤	لا منفذ للأرض إلى الطريق العام
٧٥٥	حق مرور متنازع فيه أو محصول على القسائم
٧٥٦	للأرض منفذ ولكنه غير كاف
٧٥٧	انفكاك الحيس عن الأرض المحبوسة
	(ب) الحصول على امر ضروري لاستغلال الأرض واستعمالها على
٧٦٠	الوجه المألوف
٧٦٠	المرر اللازم هو المرر الكافي لاستغلال الأرض المحبوسة
٧٦١	تغير حاجيات الأرض المحبوسة وتغير المرر بتغيرها
٧٦٢	أين يكون موضع المرر
	الحيس عن الطريق العام فاشئ من تجزئة الشارع بناء على تصرف
٧٦٥	قانون
٧٧٠	أثر التقادم في تعيين موضع المرر
٧٧٢	(٢) التصويض
٧٧٢	تقدير التصويض
٧٧٣	عدم اشتراط تمجيد التصويض
٧٧٣	جواز المنع من المرور إلى حين استيفاء التصويض الواجب الأداء
٧٧٤	تقديم دعوى المطالبة بالتصويض

مفحة

§ ٣ - المطلات والناور ٧٧٥

المطل المواجه والمطل المنحرف والناور ٧٧٥

(١) المطل المواجه والمطل المنحرف ٧٧٦

قيد المسافة : مترالمطل المواجه ونصف متر للمطل المنحرف ... ٧٧٩

مجال تطبيق قيد المسافة ٧٨٠

المطلات المغفاة من قيد المسافة ٧٨١

المطلات المستوفية لقيد المسافة والمطلات غير المستوفية لهذا القيد ٧٨٣

(ب) النصور ٧٨٧

التقيد في الناور هو في الارتفاع لا في المسافة ٧٨٩

حكم الناور المستوفية لشرط الارتفاع ٧٩٠

حكم الناور غير المستوفية لشرط الارتفاع ٧٩١

الباب الثالث

الملكية الشائعة

الملكية الشائعة بوجه عام والشروع الإجبارى ٧٩٣

الفصل الأول - الملكية الشائعة بوجه عام

الملكية الشائعة في التمتين المدنى السابق والتمتين المدنى الجديد ... ٧٩٣

تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية ٧٩٥

حق الشريك يقع على حصة متعينة من المال الشائع ... ٧٩٦

الملكية إما أن تكون ملكية فردية أو ملكية جماعية ... ٧٩٧

والملكية الفردية إما أن تكون ملكية مفززة أو ملكية شائعة ٧٩٨

فالملكية الشائعة هى حق ملكية حقيقية وهى أحد نوعى

الملكية الفردية ٨٠٠

مصادر الشروع وأحكامه وأسباب النقضات ٨٠٠

مصادر الشروع ٨٠١

أحكام الشروع ٨٠٢

أسباب انقضاء الشروع ٨٠٣

ففرع الأول - إدارة المال الشائع ٨٠٤

المبحث الأول - الإدارة المعتادة ٨٠٤

حفظ المال الشائع ٨٠٤

لكل شريك أن يقوم وحده بأعمال الحفظ ٨٠٥

صفة

- الشريك في أعمال الحفظ أصول من نفسه نائب عن
- ٨٠٦ غيره من الشركاء
- ٨٠٧ تفققات الحفظ والإدارة وسائل التكاليف
- ٨٠٧ انقسام التفقات على الشركاء كل بقدر حصته
- ٨٠٩ للشريك التخصيص من دفع التفقات بالتدخل عن حصته
- ٨٠٩ المبدأ المأم في إدارة المال الشائع
- ٨١٠ إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين
- تطوّر الإجماع : قسمة المهايأة وتولى أغلبية للشركاء إدارة
- ٨١٣ المال الشائع
- ٨١٣ أولا - قسمة المهايأة
- ٨١٦ المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية
- ٨١٧ الحد الأقصى لمئة المهايأة الكافية خمس سنوات يجوز تجديدها
- المهايأة المكافئة إذا دامت خمس عشرة سنة انقلبت قسمة
- ٨١٨ نهائية
- المهايأة الزمانية لا يجوز أن تعبر الشركاء على البقاء في
- ٨٢٠ الشروع أكثر من خمس سنوات يجوز تجديدها
- ٨٢٠ لا تغلب المهايأة الزمانية قسمة نهائية مهما طالت مدتها
- ٨٢١ تكييف قسمة المهايأة - تطبيق قواعد الإجماع
- ٨٢٣ المهايأة التي تسبق القسمة النهائية
- ٨٢٤ ثانيا - تولى أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع
- ٨٢٥ تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين
- ٨٢٧ تولى أغلبية الشركاء للإدارة
- ٨٢٨ إقامة الأغلبية وكلاهما لإحداث المال الشائع
- ٨٢٨ وضع الأغلبية نظاما يكفل حسن إدارة المال الشائع
- ٨٢٨ عدم توافر أغلبية لإدارة المال الشائع - الالتجاء إلى القضاء
- ٨٢٩ للمبحث الثاني - الإدارة غير المعتادة
- ٨٣١ الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة
- الأغلبية اللازمة لتفويض الإدارة غير المعتادة : الشركاء الذين يملكون
- ٨٣٢ ثلاثة أرباع المال الشائع
- ٨٣٣ الصلاحيات المطلوبة للأغلبية - الالتجاء إلى المحكمة
- ٨٣٣ إقامة أحد الشركاء بناء على جزء مفروض من الأرض الشائعة
- عدم موافقة ثلاثة الأرباع على البناء : إيجاب الشريك الباقي
- ٨٣٤ على إقامة البناء

صفحة

موافقة ثلاثة الأرباع حل البناء : يكون البناء ملكا شائعا للجميع

الشركاء ومساعيهم في تكاليفه ... ٨٣٥

الفرع الثاني - التصرف في المال الشائع ... ٨٣٦

المبحث الأول - تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة

منهم ... ٨٣٦

§ ١ - تصرف الشركاء مجتمعين ... ٨٣٦

التصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفروض منه ... ٨٣٦

أنواع التصرف ... ٨٣٧

§ ٢ - تصرف أغلبية كبيرة من الشركاء ... ٨٣٨

الأسباب القوية التي تستدعي التصرف في المال الشائع ... ٨٣٩

الأغلبية اللازمة لتقرير التصرف في المال الشائع : الشركاء

الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ... ٨٤٠

الضمانات المطاعة للاقتية - الاجتهاد إلى الحكمة ... ٨٤٠

المبحث الثاني - تصرف الشريك منفردا ... ٨٤٢

تصرف الشريك في حصته الشائعة وتصرفه في شيء مفروض ... ٨٤٢

المطلب الأول - تصرف الشريك في حصته الشائعة ... ٨٤٢

حكم هذا التصرف وما يترتب عليه من جواز استرداد للشركاء

الحصة الشائعة ... ٨٤٢

§ ١ - حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة ... ٨٤٢

حقه للتصرف ونفاذه في حق باقي الشركاء ... ٨٤٢

ترتيب حق صبي أصل على الحصة الشائعة ... ٨٤٥

ترتيب حق صبي تبنى على الحصة الشائعة ... ٨٤٧

§ ٢ - استرداد الحصة الشائعة ... ٨٥٠

حق استرداد الحصة الشائعة في المنقول والمبذوع من المال وحق الصفقة

في العقار ... ٨٥١

(١) شروط حق الاسترداد ... ٨٥٢

نطاق حق الاسترداد ... ٨٥٢

لفرض الأول - صدور بيع من أحد الشركاء في الشروع ... ٨٥٤

مقدمة

- الشرط الثاني - ورود البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع
 من المال ٨٥٦
 الشرط الثالث - صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء ... ٨٥٦
 الشرط الرابع - المسترد هو أحد الشركاء ٨٥٧
 (ب) إجراءات الاسترداد ٨٥٨
 مهلة الاسترداد ٨٥٨
 كيف يحصل الاسترداد ٨٥٩
 متى يتم الاسترداد ٨٦٠
 (ج) - الآثار التي تترتب على الاسترداد ٨٦٣
 تكييف الاسترداد ٨٦٣
 علاقة المسترد بالمشتري ٨٦٤
 علاقة المسترد بالبائع ٨٦٦
 علاقة البائع بالمشتري ٨٦٧
 المطلوب الثاني - تصرف الشريك في شيء مفروز ... ٨٦٨

§ ١ - تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع ... ٨٦٨

- الفرض الأول - المشتري يعتقد أن البائع يملك المبيع مفزراً ... ٨٧٠
 قبل التهمة : البيع قابل للإبطال لغلط ٨٧٠
 بعد التهمة : ٨٧١
 وقوع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع :
 غلوص ملكيته للمشتري ٨٧١
 عدم وقوع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع :
 بقاء البيع قابلاً للإبطال ٨٧١
 الفرض الثاني - المشتري يعلم أن البائع لا يملك المبيع إلا شائعاً ... ٨٧٢
 قبل التهمة : البيع صحيح فيما بين المتعاقدين وغير نافذ في حق
 الشركاء الآخرين ٨٧٣
 بعد التهمة : ٨٧٥
 وقوع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع :
 غلوص ملكيته للمشتري ٨٧٥
 عدم وقوع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع :
 انتقال حق المشتري إلى الجزء المفروز المبيع كله إلى البائع ... ٨٧٦
 § ٢ - تصرف الشريك في كل المال الشائع ٨٧٨
 المشتري يعتقد أن البائع يملك كل المال الشائع : البيع قابل
 للإبطال لغلط ٨٧٨

صفحة

المشتري يعلم أن البائع شركاء في المال الشائع : البيع قابل للفسخ ٨٧٩
أثر تصرف الشريك في حقوق باقي الشركاء : البيع لا ينفذ
في حصصهم ولكن المشتري يصح شريكا معهم في الشروع

بحصة البائع ... ٨٧٩ ...

الفرع الثالث - قسمة المال الشائع ٨٨٠ ...

الأصل عدم إجبار الشركاء على البقاء في الشروع ٨٨٠ ...

جواز الاتفاق على البقاء في الشروع لمدة معينة ٨٨٢ ...

دواعي الاتفاق على البقاء في الشروع ... ٨٨٣ ...

الحل الأنصبي لمدة خمس سنوات يجوز تجديدھا ٨٨٥ ...

أنواع التسمية ٨٨٨ ...

قسمة مؤقتة (المهاياة) وقسمة نهائية ٨٨٨ ...

التسمية النهائية : ٨٨٩ ...

قسمة كلية وقسمة جزئية ٨٨٩ ...

قسمة عينية وقسمة تصفية ٨٨٩ ...

قسمة اتفاقية وقسمة قضائية ٨٩٠ ...

المبحث الأول - كيف يتم إجراء القسمة ٨٩١ ...

القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية - تدخل دائني الشركاء ... ٨٩١

المطلب الأول - القسمة الاتفاقية ٨٩١ ...

§ ١ - كيف يتم إجراء القسمة الاتفاقية ٨٩٢ ...

القسمة الاتفاقية تحد تسمى عليه أحكام سائر العقود ٨٩٢ ...

القسمة الفعلية ٨٩٤ ...

لشركاء اختيار طريقة التسمية الاتفاقية ٨٩٥ ...

وجود قاصر أو محجور عليه أو غائب بين الشركاء ٨٩٦ ...

وجوه الطعن في التسمية الاتفاقية ٨٩٨ ...

§ ٢ - نقض القسمة الاتفاقية للغير ٨٩٩ ...

الدين في ذاته يجب في عقد القسمة يحيز نقضا ٩٠١ ...

مقدار الدين وكيفية حسابه ٩٠٣ ...

مقدار الدين : حين يزيد على الخمس ٩٠٣ ...

كيفية حساب الدين ٩٠٣ ...

أنواع القسمة التي يجوز فيها النقض للدين ٩٠٤ ...

قسمة كلية وقسمة جزئية - قسمة عينية وقسمة تصفية ٩٠٤ ...

صفة

- تخوة القصة إلى عدة عقود ٩٠٥
- القصة الاحتمالية لا تنقض للدين ٩٠٥
- دعوى نقض القصة للدين ٩٠٥
- المدعى والمدعى عليه ٩٠٦
- رفع الدعوى في خلال السنة التالية للقصة ٩٠٦
- عبء إثبات الدين ٩٠٦
- الآثار التي تترتب على نقض القصة للدين ٩٠٧
- تفادى نقض القصة بإكمال نصيب الشريك المغبون ٩٠٧
- المطلب الثاني - القصة القضائية** ٩١٠
- من يجب أن تكون القصة قضائية ٩١٠
- قصة المهايأة التي تسبق القصة النهائية ٩١١
- دعوى لقصة ٩١١
- § ١ - الحصوص والمهكمة المختصة** ٩١١
- الحصوص في دعوى القصة ٩١١
- المهكمة المختصة ٩١٤
- § ٢ - قصة التصفية والقصة العينية** ٩١٥
- قصة التصفية ٩١٥
- بيع المال الشائع بالمراد للملئ وقصة الثمن على الشركاء ٩١٧
- جواز الاتفاق على قصر للدخول في المزداد على الشركاء ٩١٨
- القصة العينية - مراحلها الأربع ٩١٩
- المرحلة الأولى - قصة المال الشائع إلى حصص أو التجنب ٩٢٠
- المرحلة الثانية - الفصل في المنازعات ٩٢٤
- المرحلة الثانية - الحكم بإبطال كل شريك نصيبه المفروز ٩٢٧
- المرحلة الرابعة - التصديق على حكم القصة في حالات خاصة ٩٢٩
- المطلب الثالث - تدخل الدائنين في القصة لحماية لصالحهم** .. ٩٣٣
- تدخل الدائنين غير مقصور على القصة القضائية بل يشمل القصة
الاتفاقية ٩٣٥
- § ١ - موقف الدائنين قبل إتمام القصة** ٩٣٧
- مصالح الدائنين المراد حمايتها ٩٣٧
- لدائنين حق المعارضة وحق التدخل ٩٣٨
- الأثر الذي يترتب على معارضة الدائن أو على قتمله ٩٤٠

صفحة

§ ٢ - موقف الدائنين بعد إتمام القسمة ٩٤١

التفرض الأول - تدخل الدائن فعلاً في إجراءات القسمة ٩٤١

التفرض الثاني - عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم

من معارضة أو بالرغم من أن له حقاً مقيداً ٩٤١

التفرض الثالث - عدم تدخل الدائن في إجراءات القسمة لأنه لم

يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل ٩٤٣

المبحث الثاني - الآثار التي تترتب على القسمة ٩٤٥

بيان هذه الآثار ٩٤٥

المطلب الأول - الإفراز - الأثر الكاشف ٩٤٥

الأثر الحقيقي بقسمة أثر مزدوج كاشف ونقل ٩٤٨

تأييد التاريخ لفكرة الأثر المزدوج ٩٥٠

ظهور فكرة الأثر الكاشف في الفقه الحديث على سبيل المجاز

والتمييز بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي ٩٥٢

القسمة تركز الحق الشائع في حصة المادي فيصبح النطاق المعنوي

الحق مطابقاً لنطاقه المادي ٩٥٢

فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن أي افتراض مخالفة الحقيقة

وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة فيها ٩٥٢

التمييز بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي: لا حاجة إلى الأثر

الرجعي فهو مجرد مرحلة الشروع التي يتجملها هذا الأثر ٩٥٤

تضارب الآراء فيما يجب إدخاله من تعديل في فصوص التقنين

المفدى الخاصة بأثر القسمة ٩٥٥

وأى يقول بإلغاء المادة ٨٤٣ مدق لأن القسمة كاشفة بطبيعتها

وليست ناقلة ٩٥٦

وأى يقول بتعديل المادة ٨٤٣ مدق بما يستبعد الأثر الرجعي

ويبرز الأثر الكاشف ١٠٥٦

وأى يقول بإلغاء المادة ٨٤٣ مدق لأن القسمة ناقلة بطبيعتها

وليست بكاشفة ٩٥٧

القسمة في حقيقتها لها أثر مزدوج كاشف ونقل ٩٥٨

لا بد من استخدام شيء من الافتراض والمجاز في القول بالأثر

الكاشف وفي القول بالأثر الناقل ٩٥٨

لقول بالأثر الكاشف يتطلب على افتراض يغطي ما يدعى

هذا الأثر الكاشف من أثر نقل ٩٥٨

صفحة

- لقول بالأثر الناقل لا يتخلو من القراض يستبعد ما يوجد
من أثر كاشف إلى جانب الأثر الناقل ... ٩٥٩ ...
المادة ٨٤٣ مدني من ناحية القانون الوضعي تقرر الأثر
الكاشف مصحوباً بالأثر الرجعي ... ٩٥٩ ...
- ١٥ - مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة ... ٩٥٩ ...
- (١) مجال التطبيق من ناحية التصرفات ... ٩٥٩ ...
تصرفات تعادل القسمة فيكون لها أثر كاشف ... ٩٦١ ...
(ب) مجال التطبيق من ناحية الأموال ... ٩٦١ ...
(ج) مجال التطبيق من ناحية الأشخاص ... ٩٦٣ ...
- ٢ - النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف ... ٩٦٤ ...
- سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذي وقع في
نصيبه جزء مفرق ... ٩٦٤ ...
عدم اعتبار القسمة سبباً صحيحاً في التقدم القصير ... ٩٦٥ ...
القسمة والتسجيل ... ٩٦٦ ...
النتائج المترتبة على أن القسمة عقد مساواة بناء على الأثر الكاشف
وليست عقد مضاربة ... ٩٦٩ ...
تفقد القسمة لقبين ... ٩٦٩ ...
عدم جواز استرداد المال المتنازع فيه إذا كان لا القسمة ... ٩٦٩ ...
ضمان التمسك والاستحقاق في القسمة ... ٩٧٠ ...
- المطلب الثاني - ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ... ٩٧١ ...
- ١ - الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان ... ٩٧٢ ...
- الشرط الأول - حدوث تعرض أو استحقاق ... ٩٧٣ ...
الشرط الثاني - سبب سابق على القسمة ... ٩٧٥ ...
الشرط الثالث - عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتناظم نفسه ... ٩٧٦ ...
الشرط الرابع - عدم وجود شرط بين من الضمان ... ٩٧٧ ...
- ٢ - الآثار التي تترتب على تحقق الضمان ... ٩٨٠ ...
- الأحوال التي يرجع بها المتناظم بالتعرض عند تحقق الضمان ... ٩٨٠ ...
فروض ثلاثة ... ٩٨١ ...
الفرض الأول - الاستحقاق الكلي ... ٩٨١ ...
الفرض الثاني - الاستحقاق الجزئي ... ٩٨٣ ...
الفرض الثالث - رد ما آياه المتناظم لتعرض ... ٩٨٤ ...

صفحة

لفصل الثاني - الشيوع الإجبارى

طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجبارى وأحكام هذا الشيوع ... ٩٨٧
طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجبارى : الشيء كله ملك

ملكية شائعة لا ملكية مفروزة مصحوبة بحق ارتفاق ... ٩٨٧

ما يترتب على ذلك من النتائج ... ٩٨٧

ما يختص به الشيوع الإجبارى من أحكام ... ٩٨٨

أنواع خاصة من الشيوع الإجبارى ... ٩٨٩

الحائط المشترك (ويلحق به الحائط الفاصل) ... ٩٨٩

ملكية الطبقات ... ٩٨٩

ملكية الأسرة ... ٩٩٠

الفرع الأول - الحائط المشترك (والحائط الفاصل) ... ٩٩٠

إثبات الاشتراك في الحائط المشترك : الحائط الفاصل قد يكون

مشركا وقد يكون غير مشترك ... ٩٩٠

المبحث الأول - أحكام الحائط المشترك ... ٩٩٣

المطلب الأول - النظام القانونى للحائط المشترك ... ٩٩٣

استعمال الحائط المشترك بحسب الفرض الذى أعد له ... ٩٩٤

عدم جواز فتح مناور في الحائط المشترك ... ٩٩٥

تفقات الصيانة والإصلاح والتجديد ... ٩٩٦

المطلب الثانى - تعلية الحائط المشترك ... ٩٩٧

تعلية الحائط دون إعادة بنائه ... ٩٩٨

تعلية الحائط من طريق إعادة بنائه ... ٩٩٩

جواز الاشتراك في الجزء الممل ... ١٠٠٠

المبحث الثانى - أحكام الحائط الفاصل غير المشترك ... ١٠٠٢

ليس الجار أن يجبر جاره على تحصيل ملكه ... ١٠٠٣

ليس الجار أنه يطلب الاشتراك في حائط جاره ... ١٠٠٤

ليس لملك الحائط اللد يستتر به الجار أن يهيمه دون طرقرى ... ١٠٠٥

الفرع الثانى - ملكية الطبقات ... ١٠٠٧

السفل والعلو في التقنين المدنى السابق ... ١٠٠٧

الطبقات المفروزة والشيوع الإجبارى ... ١٠٠٩

المبحث الأول - السفل والعلو ... ١٠٠٩

مفحة

تناقص أهمية هذا النوع من ملكية الطبقات ... ١٠٠٩

§ ١ - التزامات صاحب السفلى ... ١٠٠٩

الالتزام الأول - القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط

الطو ... ١٠١٠

صيانة السقف والجدران وترميمها ... ١٠١١

الالتزام إلى التقضاء لإجبار صاحب السفلى على تنفيذ التزامه ١٠١١

الأمر ببيع السفلى لمن يشتريه ويرممه ... ١٠١٢

الالتزام الثاني - إعادة بناء السفلى إذا تهدم ... ١٠١٢

انهدام البناء بغطاء صاحب الطو ... ١٠١٣

انهدام البناء بغير غطاء صاحب الطو ... ١٠١٣

إجبار صاحب السفلى على إعادة البناء ... ١٠١٤

بيع السفلى لمن يمد بناءه أو إعادة صاحب الطو بناء السفلى

على نفقة صاحبه ... ١٠١٤

§ ٢ - التزامات صاحب الطو ... ١٠١٥

عدم الارتفاع بالبناء أو زيادة السطح بحيث يضر بالسفلى ... ١٠١٦

صيانة أرضية العلم من بلاط وألواح ... ١٠١٦

المبحث الثاني - الطبقات المفروزة والشيوخ الإجبارى ... ١٠١٧

التصوير الجديد للملكية الطبقات : طبقات مفروزة وأجزاء شاملة ١٠١٧

المطلب الأول - الأجزاء المفروزة والأجزاء الشائعة ... ١٠١٧

الأجزاء المفروزة ... ١٠١٨

الطبقات والشقق ... ١٠١٨

ما يدخل الطبقات والشقق من سوايز وأنابيب الماء والغاز

وأسلاك الكهرباء والأدوات الصحية ... ١٠١٩

البلاط والأخشاب التي تغطي الأرضية والسقف والجدران ١٠١٩

الباب الخارجي والأبواب الأخرى والنوافذ والشرفات ١٠١٩

استعمال الطبقة أو الشقة دون غلق الاستعمال ... ١٠١٩

الأجزاء الشاملة ... ١٠٢٠

الأرض التي أقيم عليها البناء ... ١٠١٩

الأساسات والجدران الرئيسية ... ١٠١٩

المدخل والأفنية والأسطح والمقاعد والمرات والمعايير ١٠١٩

قواعد الأرضيات والأسقف ... ١٠١٩

صفحة

السلم	١٠٢٠
الحقائق المشتركة	١٠٢٠
حقوق الملاك في الأجزاء الشائعة	١٠٢٠
ملكية شائعة إجبارية دائمة	١٠٢٠
حصة كل مالك بنسبة قيمة الجزء المقرز الذي يملكه	١٠٢١
استعمال الأجزاء الشائعة فيما خصصت له	١٠٢٢
إدخال تعديلات في الأجزاء الشائعة	١٠٢٣
تكاليف الأجزاء الشائعة	١٠٢٣
مساهمة الملاك كل بنسبة قيمة طيقته أو شقته	١٠٢٤
التخلص من هذا الالتزام يكون بالتدخل من الحصة الشائعة	
والجزء المقرز معاً	١٠٢٥
إدارة الأجزاء الشائعة	١٠٢٥
القواعد المقررة في إدارة المال الشائع	١٠٢٥
جواز تكوين اتحاد الملاك لإدارة الأجزاء الشائعة	١٠٢٦
المطلب الثاني — إدارة الأجزاء الشائعة عن طريق تكوين اتحاد	١٠٢٦
يجب إجماع الملاك على تكوين الاتحاد	١٠٢٧
جواز تكوين اتحاد لتشييد أو شراء بناء متعدد الطبقات	١٠٢٧
وتوزيعها على أعضائه	١٠٢٧
١ — اتحاد الملاك	١٠٢٨
اتحاد الملاك يعتبر جمعية لها شخصية منقولة	١٠٢٨
جمعية تكونت لغرض غير المحصور على ربح مادي	١٠٢٨
شخصية منقولة لها ذمة مالية مستقلة	١٠٢٨
لاتحاد المسلاك تنظيم خاص يختلف عن تنظيم الجمعيات	
يوحده عام	١٠٢٨
اتحاد الملاك لا يعتبر مالكا لبناء	١٠٢٩
ملاك البناء هم أصحاب الطبقات يملكون بعض البناء مقرزاً	
ويضيه شائعاً	١٠٢٩
وضع نظام لإدارة الأجزاء الشائعة	١٠٢٩
لائحة تصدر بموافقة جميع الأعضاء	١٠٣٠
سريان اللائحة على الخلف العام والخلف التماس الملاك	١٠٣٠
عدم وضع نظام لإدارة الأجزاء الشائعة	١٠٣١
الإدارة تكون بقرارات فردية تصدر من الاتحاد	١٠٣٢

مقدمة

- دعوة جميع الملاك للاجتماع وصدر القرار بالأغلبية
 ١٠٣٢ العادية لجميع الملاك
 ١٠٣٣ التأمين على لبناء وإجراء أعمال ترتب عليها زيادة قيمته
 عقد تأمين من خطر الحريق ومن أى خطر آخر لمصلحة
 ١٠٣٣ جميع الملاك
 ١٠٣٤ القيام بأعمال ترتب عليها زيادة قيمة البناء
 ١٠٣٥ منح قروض للملاك
 قرض يمنح للمضرمين من القيام بالتزاماته - مضمون
 ١٠٣٦ بحق امتياز
 قرض ليس الفرض منه يمكن المضرم من القيام
 بالتزاماته - غير مضمون بحق امتياز
 ١٠٣٦ تجديد البناء بعد ملاكه
 ١٠٣٧ تقرير الاتحاد عدم تجديد البناء
 ١٠٣٨ تقرير الاتحاد تجديد البناء
 ١٠٣٨ § ٢٧ - مأمور اتحاد الملاك
 ١٠٣٩ تعيين مأمور لاتحاد الملاك
 ١٠٤٠ تعيينه بالأغلبية العادية
 ١٠٤٠ احييته بأمر على عريضة
 ١٠٤١ اختصاصات مأمور الاتحاد
 ١٠٤١ تنفيذ قرارات الاتحاد
 ١٠٤١ مطالبة كل مالك بتنفيذ التزاماته
 ١٠٤١ حفظ الأجزاء الشائعة وسيافتها
 ١٠٤١ تحميل الاتحاد أمام القضاء
 ١٠٤٢ أجر مأمور الاتحاد وطريقة عزله
 ١٠٤٢ تحديد أجر لمأمور الاتحاد وجواز إعادة النظر في هذا الأجر
 ١٠٤٢ من يملك منزل مأمور الاتحاد
 ١٠٤٣ الفرع الثالث - ملكية الأسرة
 ١٠٤٣ الفرض من نظام ملكية الأسرة
 ١٠٤٣ التقاليد المستترة في الريف هي التي فرضت ملكية الأسرة
 ١٠٤٣ تنظم هذه الملكية وبسط الرقابة عليها
 ١٠٤٤ المبحث الأول - أركان ملكية الأسرة
 ١٠٤٥ الركن الأول - اتفاق مكتوب
 ١٠٤٥ الكتابة للانقضاء للإلزامات

صفحة

وضع المال في ملكية الأسرة عمل من أعمال التصرف ... ١٠٤٦	
الركن الثاني - أعضاء أسرة واحدة ... ١٠٤٦	
فهم الأسرة بمعنى واسع من وحدة العمل والمصلحة - دخول الزوج والزوجة والأقارب والأصهار ... ١٠٤٧	
مجرد الصداقة لا تكفي ولو تهافتت بوحدة العمل أو المصلحة ... ١٠٤٨	
الركن الثالث - أموال ملوكة لأعضاء الأسرة ... ١٠٤٨	
الغالب أن تكون تركة تستحق شائعة ... ١٠٤٨	
جواز إضافة أموال شائعة أخرى ... ١٠٤٨	
الركن الرابع - مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ... ١٠٤٩	
تحديد مدة : لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة ويجوز الخروج قبل ذلك لمجرد قوى ... ١٠٥٠	
عدم تحديد مدة : لكل شريك الخروج بعد ستة أشهر من إعلان سائر الشركاء ... ١٠٥١	
المبحث الثاني - أحكام ملكية الأسرة ... ١٠٥٢	
ملكية الأسرة ليست بشخص معنى بل هي ملكية شائعة ... ١٠٥٣	
تصرف الشريك في نصيبه في ملكية الأسرة ... ١٠٥٤	
التصرف لأحد الشركاء أو لأجنبي ... ١٠٥٤	
تنفيذ الدائن على نصيب الشريك في ملكية الأسرة ... ١٠٥٦	
إدارة ملكية الأسرة ... ١٠٥٦	
تعيين مدير لإدارة ملكية الأسرة ... ١٠٥٦	
سلطات المدير الواسعة والقيود التي ترد عليها ... ١٠٥٧	
عدم تعيين مدير وقول الشركاء أنفسهم للإدارة ... ١٠٥٧	

ملاحظة : وقعت بعض أخطاء مطبعية في عناوين بعض تقسيمات آليات الثالث من القسم الثاني من هذا الكتاب (الملكية الشائعة) ، سهل ملاحظتها . وقد صححت في النهرس ، فيرجع إليه في ذلك .

ما ظهر من أجزاء الوسيط وما هو تحت الإعداد

الأجزاء التي ظهرت

الجزء الأول - في مصادر الالتزام الطبعة الأولى سنة ١٩٥٢ :

الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ :

الجزء الثاني - في الإثبات وأثار الالتزام سنة ١٩٥٦ .

الجزء الثالث - في أوصاف الالتزام وحالاته وانقضائه سنة ١٩٥٨ .

الجزء الرابع - في البيع والمقايضة سنة ١٩٦٠ .

الجزء الخامس - في العقود الأخرى الواردة على الملكية (الهبة والشركة

والقرض والدخل الدائم والصلح) سنة ١٩٦٢ .

الجزء السادس (مجلدان) - في العقود الواردة على المنفعة (الإيجار والعارية)

سنة ١٩٦٣ .

الجزء السابع (مجلدان) - المجلد الأول في العقود الواردة على العمل (المقاوله

والوكالة والوديعه والحراسة) - المجلد الثاني في عقود الغرر

(عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة) سنة ١٩٦٤ .

الجزء الثامن - في حق الملكية (مع شرح مفصل للأشياء والأموال) سنة ١٩٦٧ .

ما هو تحت الإعداد

الجزء التاسع - في أسباب كسب الملكية - الحقوق الأصلية المتفرعة عن

الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) .

الجزء العاشر - في التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة والرهن الرسمي

وحق الاختصاص و رهن الحيازة وحقوق الامتياز) .

• • •

الوجيز

ما ظهر

الجزء الأول - في نظرية الالتزام بوجه عام
(يشتمل على الأجزاء الأول والثاني والثالث من الوسيط)
سنة ١٩٦٦ .

• • •

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثاني - في العقود المسماة
(يشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس والسابع
من الوسيط) .
الجزء الثالث - في الحقوق العينية والتأمينات
(يشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من الوسيط) .

للمؤلف (أولاً) كتب

- ١ - القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - المعيار المرن والقاعدة الجامدة (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥
- ٢ - الخلافة الإسلامية وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦
- ٣ - عقد الإيجار سنة ١٩٣٠
- ٤ - نظرية العقد سنة ١٩٣٤
- ٥ - الموجز في النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨
- ٦ - أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت) سنة ١٩٣٨
- ٧ - التصرف القانوني والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤
- ٨ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي (مقارنة بالفقه الغربي) :
الجزء الأول - مقدمة - صيغة العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٤
الجزء الثاني - مجلس العقد وصحة التراضي (الغلط والتدليس والإكراه والغبن في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٥
الجزء الثالث - محل العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٦
الجزء الرابع - نظرية السبب ونظرية البطلان في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٧
الجزء الخامس - آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الإسلامي (الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البولصية والإعسار والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٨
الجزء السادس - آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع في الفقه الإسلامي (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية العقدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٩ ..

- ٩ - الوسيط في شرح القانون المدني (ظهر منه ثمانية أجزاء - انظر آتفا)
سنة ١٩٥٢ - سنة ١٩٦٧
- ١٠ - الوجيز في شرح القانون المدني (ظهر منه الجزء الأول - انظر آتفا)
سنة ١٩٦٦

(ثانيا) بحوث ومقالات

- ١ - الشريعة الإسلامية كصدر للتشريع المصري (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة لأمير) .
- ٢ - المعيار في القانون (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة جني) .
- ٣ - المسؤولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمي بهجت بدوي - مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .
- ٤ - المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاي سنة ١٩٣٧) .
- ٥ - الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاي (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .
- ٦ - الاميازات الأجنبية (بحث نشر في سنة ١٩٣٠) .
- ٧ - تنقيح القانون المدني (بحث نشر في الكتاب الذهبي للمحاكم الوطنية ، وفي مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .
- ٨ - من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي (مقال نشر في مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .
- ٩ - عقد البيع في مشروع القانون المدني العراقي (نشر في بغداد سنة ١٩٣٦) .
- ١٠ - مقارنة المحلة بالقانون المدني (بحوث أقيمت في كلية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .
- ١١ - المفاوضات في المسألة المصرية (بحث نشر في سنة ١٩٤٧) .
- ١٢ - الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر في مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .

